Der Begriff der öffentlichen und privaten Rechte und Pflichten.

Ein Beitrag zur allgemeinen Rechtslehre.

Inaugural-Dissertation

verfaßt und der

Hohen Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät

der

Kgl. Bayer. Julius-Maximilians-Universität Würzburg

zur

Erlangung der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Doktorwürde

vorgelegt von

Walther Schneider,
z. Zt. Kammergerichtsreferendar in Fürstenberg a. Oder.

ACAD. UGD.BAT. BIBL.

1912.

Hermann Blanke's Buchdruckerei und Verlag.
Berlin C. 54,
Kleine Rosenthaler Straße 9.

Referent: Professor Dr. Chr. Meurer.

Dem Andenken meines Vaters,
des Kgl. Gymnasialdirektors Dr. G. J. Schneider.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41549801_0049

Inhaltsverzeichnis.

Kapitel 1. Rechte und Pflichten als Produkte der Rechtssätze 13
§ 1. Rechte und Pflichten (Erlaubende und befehlende Funktion des objektiven Rechts) 13
I. Rechte und Pflichten im gewöhnlichen Sinne (Dürfen und Sollen) 13
II. Rechte und Pflichten im juristischen Sinne. (Rechtliches Dürfen und Sollen) 14
III. Literatur und Gesetzgebung.
a) Die Lehre von der Nicht-Existenz erlaubender Rechtssätze und der Korrelativität der Rechte und Pflichten . 15
b) Die Lehre von dem Recht als Wille und Wollen-Dürfen 17
c) Die Lehre von der Selbstherrlichkeit des objektiven Rechts 18
§ 2. Macht und Notwendigkeit (Ermächtigende und zwingende Funktion des objektiven Rechts) 19
I. Macht und Notwendigkeit im gewöhnlichen Sinne (Können und Müssen) 19
II. Macht und Notwendigkeit im juristischen Sinne. (Rechtliches Können und Müssen) 20
III. Literatur und Gesetzgebung.
a) Die Lehre vom Recht als Macht 22
b) Die Lehre vom Besitz als Recht 23
c) Die Lehre von den Kannrechten 24
§ 3. Rechtssätze und gramatische Sätze des Rechts. (Schützende und strafende Funktion des objektiven Rechts) 25
I. Rechtssätze und gramatische Sätze im allgemeinen 25
II. Rechtssätze und gramatische Sätze im Strafrecht 26
III. Literatur und Gesetzgebung.
a) Die Lehre von den unvollständigen Rechtssätzen 26
b) Die Lehre vom Recht als Anteil an den Lebensgütern 27
c) Die Lehre vom Recht als geschütztem Interesse 28
Kapitel 2. Die Subjekte und Objekte der Rechtssätze 30
§ 1. Die Subjekte der Rechtssätze 30
I. Personen im gewöhnlichen Sinne 30
II. Personen im juristischen Sinne 31
III. Literatur und Gesetzgebung.
a) Die Lehre von den juristischen Personen als Kuriositäten der Rechtsanschauung 32

b) Die Lehre von der Unmöglichkeit von Rechten oder Pflichten, die Göttern und dergl. zustehen 33
c) Die Lehre vom Rechte der Persönlichkeit und den Persönlichkeitsrechten 35
§ 2. Die Objekte der Rechtssätze 36
I. Die Objekte der Rechtssätze im allgemeinen 36
II. Eigentum 37
III. Literatur und Gesetzgebung.
a) Die Lehre von den Einzelbefugnissen 38
b) Die Lehre von der Unmöglichkeit des Eigentums an Menschen und Rechten und von dem Ausschließungsrechte des Eigentümers 39
c) Die Lehre von den begrifflichen Beschränkungen und der Elastizität des Eigentums 41
§ 3. Personen als Objekte von Rechtssätzen 42
I. Personen als Objekte von Rechtssätzen im allgemeinen . . . 42
II. Ansprüche (Forderungsrechte) 42
III. Literatur und Gesetzgebung.
a) Die Lehre von der Relativität der Forderungsrechte . . 43
b) Die Lehre von den Ansprüchen auf Grund von Rechten 45
c) Die Lehre von der begrifflichen Scheidung von Ansprüchen und Forderungsrechten 45
Kapitel 3. Rechte und Pflichten, eingeteilt nach der Beziehung der Subjekte oder Objekte der Rechtssätze zum Staat 47
§ 1. Die Begriffe „öffentlich" und „privat" 47
I. Die Begriffe „öffentlich" und „privat" im gewöhnlichen Sinne (Beziehung zum Publikum) 47
II. Die Begriffe „öffentlich" und „privat" im juristischen Sinne (Beziehung zum Staat) 47
III. Literatur und Gesetzgebung.
a) Die Lehre vom Staatsbegriff als Rechtsbegriff 49
b) Die Lehre vom Staat als Macht 51
c) Die Lehre von der Identität des Herrscher- und Staatsbegriffs 52
§ 2. Öffentliche und private Rechtssätze 53
I. Das staatliche und das nicht staatliche objektive Recht 53
II. Das öffentliche und private objektive Recht 54
III. Literatur und Gesetzgebung.
a) Die Lehre von der Priorität des Staates vor dem Recht 55
b) Die Lehre von der Selbstverpflichtung des Staates und der mangelnden Rechtsnatur der Verwaltungsverordnungen 56
c) Die Lehre von der Einteilung allen objektiven Rechts in öffentliches Recht und Privatrecht 57
§ 3. Öffentliche und private Rechte und Pflichten 58
I. Die unterscheidenden Merkmale der öffentlichen und privaten Rechte und Pflichten 58

II. Die übereinstimmenden Merkmale der öffentlichen und privaten Rechte und Pflichten . . . . . .
III. Literatur und Gesetzgebung
a) Die Lehre von der Einteilung aller Rechte und Pflichten in öffentliche und private Rechte und Pflichten und von den „rechtsbegründenden Verwaltungsakten" 59 61
b) Die Lehre von den dem Privatrechtsverkehr entzogenen Sachen 63
c) Die Lehre von der Unmöglichkeit eines öffentlichen Eigentums 64

Literaturverzeichnis.

Anschütz: Holtzendorf-Kohler Band II S. 499 ff.: Deutsches Staatsrecht von Gerhard Anschütz.

Arndt: Birkmeyer S. 741 ff.: Staatsrecht und Verwaltungsrecht von Adolf Arndt.

Arndts: Juristische Enzyklopädie und Methodologie von L. Arndts Ritter von Arnesberg 10. Aufl. bes. von Erwin Grueber 1901.

Bernhöft: Birkmeyer S. 362 ff.: Das bürgerliche Recht von F. Bernhöft.

Bierling: Juristische Prinzipienlehre von Ernst Rudolf Bierling 1894—1911.

Biermann: Die öffentlichen Sachen von Biermann (Gießener Programm) 1905.

Binding: Die Normen und ihre Uebertretung von Karl Binding 1890.

Birkmeyer: Enzyklopädie der Rechtswissenschaft. Herausgegeb. von Karl Birkmeyer 1904.

v. Bitter: Handwörterbuch der preußischen Verwaltung. Herausgegeb. von v. Bitter 1911.

Bornhak: Allgemeine Staatslehre von Bornhak 1896.

Conrad: Grundriß zum Studium der politischen Oekonomie von J. Conrad. I. Teil: Nationalökonomie 5. Aufl. 1905.

Dernburg: Das bürgerliche Recht des deutschen Reichs und Preußens von Heinrich Dernburg 1902.

Eisele: Ueber das Rechtsverhältnis der res publicae in publico usu 1873.

Enneccerus: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts von Ludwig Enneccerus, Theordor Kipp und Martin Wolff. 4. und 5. Aufl. 1909.

Frank: Das Strafgesetzbuch für das deutsche Reich von Reinhard Frank 1908.

Friedberg: Lehrbuch des katholischen und evangelischen Kirchenrechts von Friedberg 1909.

Gareis: Enzyklopädie und Methodologie der Rechtswissenschaft (Einleitung in die Rechtswissenschaft) von Karl Gareis. 3. Aufl. 1905.

Gareis Bl. f. Rechtsanw.: Seufferts Blätter für Rechtsanwendung 1905 S. 308 ff.: Ueber Rechtsverhältnisse an Begräbnisstätten von Karl Gareis.

Gierke: Holtzendorff-Kohler Band I. S. 431 ff.: Grundzüge des deutschen Privatrechts von Otto Gierke.

Grueber: Birkmeyer S. 1 ff.: Einführung in die Rechtswissenschaft von Erwin Grueber.

Halbey: Verwaltungsarchiv Band IV. 1896: Ueber Begriff und Wesen des öffentlichen Rechts von Halbey.

Hegel: Georg Wilhelm Friedrich Hegel's Grundlinien des Rechts oder Naturrecht und Staatswissenschaft im Grundrisse 1833.

Heilborn: Holtzendorff-Kohler Band II. S. 973: Völkerrecht von Paul Heilborn.

Hellwig: Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts von Hellwig 1901/03.

Hinneberg: Die Kultur der Gegenwart: Ihre Entwickelung und ihre Ziele; herausgegeb. von Paul Hinneberg: Teil II. Abt. VIII.: Systematische Rechtswissenschaft. 1906.

Hinschius: Birkmeyer S. 1417 ff.: Das Kirchenrecht von Paul Hinschius.

Holtzendorff-Kohler: Enzyklopädie der Rechtswissenschaft, begr. von Franz Holtzendorff, herausgegeb. von Josef Kohler 6. Aufl. 1904.

Jellinek: System der subjektiven öffentlichen Rechte von Jellinek 1892 (1905).

Kohler: Holtzendorff-Kohler Band I. S. 561 ff.: Bürgerliches Recht von Josef Kohler.

Kohler Rechtsphil.: Lehrbuch der Rechtsphilosophie von Josef Kohler 1909.

Laband: Hinneberg S. 291 ff.: Staatsrecht von Paul Laband.

Liszt: Birkmeyer S. 1345 ff.: Das Völkerrecht von Franz v. Liszt.

Mayer: Deutsches Verwaltungsrecht von Otto Mayer 1895.

Mayer Arch.: Archiv für öffentliches Recht Band XXV. 1907 S. 499 ff.: Der gegenwärtige Stand der Frage des öffentlichen Eigentums.

Meier: Holtzendorff-Kohler Band II. S. 637 ff.: Das Verwaltungsrecht von Ernst v. Meier.

Merkel Elem.: Merkel Ges. Abh. 1899 2. Hälfte: Elemente der allgemeinen Rechtslehre.

Merkel Ges. Abh.: Gesammelte Abhandlungen aus dem Gebiet der allgemeinen Rechtslehre und des Strafrechts von Adolf Merkel 1899.

Merkel Enz.: Juristische Enzyklopädie von Adolf Merkel, 2. Aufl. bes. von R. Merkel 1900.

Merkel Recht u. M.: Merkel Ges. Abh. 1899 1. Hälfte S. 400 ff.: Recht und Macht.

Meyer-Anschütz: Lehrbuch des deutschen Staatsrechts von Georg Meyer herausgegeb. von Anschütz.

Meyer-Dochow: Lehrbuch des deutschen Verwaltungsrechts von Georg Meyer herausgegeb. von Dochow.

Planck: Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz erläutert von Planck . . . 3. Aufl. 1903 ff.

Regelsberger: Pandekten von Regelsberger 1893.

Roscher: System der Volkswirtschaft von Wilhelm Roscher; Band I: Grundlagen der Nationalökonomie 13. Aufl. 1877.

Schmoller: Grundriß der allgemeinen Volkswirtschaftslehre von Gustav Schmoller 4.—6. Aufl. 1901/4.

Schoen: Das evangelische Kirchenrecht in Preußen von Paul Schoen 1903—1910.

Schuppe: Der Begriff des subjektiven Rechts von Wilhelm Schuppe 1887.

Sohm: Hinneberg: Bürgerliches Recht von Rudolf Sohm.

Sombart: Sozialismus und soziale Bewegung von Werner Sombart 6. Aufl. 1908.

Stammler: Hinneberg: Wesen des Rechts und der Rechtswissenschaft von Rudolf Stammler.

Stutz: Holtzendorff-Kohler Band II. S. 1801 ff.: Kirchenrecht von Ulrich Stutz.

v. Thur: Der allgemeine Teil des deutschen bürgerlichen Rechts von v. Thur 1910.

Ulbrich: Ueber öffentliche Rechte und Verwaltungsgerichtsbarkeit mit Rücksicht auf die Errichtung eines Verwaltungsgerichtshofes in Oesterreich 1875.

Wach: Handbuch des deutschen Zivilprozeßrechts von A. Wach 1885.

Wappäus: Zur Lehre von den dem Rechtsverkehr entzogenen Sachen von Heinrich Wappäus 1867.

Windscheid-Kipp: Lehrbuch des Pandektenrechts von Windscheid 8. Aufl. herausgegeb. von Kipp 1900.

Zitelmann: Das Recht des bürgerlichen Gesetzbuches: Allgemeiner Teil 1900.

Anmerkung: Die den Namen der Schriftsteller beigefügten römischen Ziffern zeigen im Zweifel den Band, die arabischen Ziffern die Seite an.

Kapitel 1.

Rechte und Pflichten als Produkte der Rechtssätze.

§ 1. Rechte und Pflichten. (Erlaubende und befehlende Funktion des objektiven Rechts).

1. Rechte und Pflichten im gewöhnlichen Sinne. (Dürfen und Sollen).

Unter „Recht" im subjektiven Sinne versteht man ein Dürfen. Wer das Recht hat, etwas zu tun, der darf das Betreffende tun. Dem Rechte steht die „Pflicht" gegenüber. Wie Recht ein Dürfen ist, so ist Pflicht ein Sollen. Wer die Pflicht hat, etwas zu tun, der soll das Betreffende tun. Das Dürfen beruht auf einer Erlaubnis, das Sollen auf einem Befehl. Wenn Jemand etwas tun darf, so ist es ihm erlaubt, dies zu tun; wenn Jemand etwas tun soll, so ist es ihm befohlen, dies zu tun. Erlaubnisse und Befehle haben den Zweck, auf das Verhalten ihrer Adressaten einzuwirken. Das Verhalten kann von der Sprache gekennzeichnet sein als ein Tun oder als ein Unterlassen (= Nicht-Tun). Recht ist demnach ein Tun- oder Unterlassen-Dürfen, Pflicht ein Tun- oder Unterlassen-Sollen. Befindet sich eine Negation in dem Erlaubnis- oder Befehls-Satz, so ist darauf zu achten, ob sie zu dem Tun bezw. Unterlassen oder zu dem Dürfen bezw. Sollen gehört. Im ersteren Falle kann man, ohne den Sinn zu ändern, für das „nicht-tun" das Wort „unterlassen" einsetzen und umgekehrt. In diesem Falle sind positive Erlaubnis- und Befehlssätze vorhanden. Im zweiten Falle dagegen würde der Sinn durch ein Vertauschen von „Nicht-tun" und „Unterlassen" oder von „Nicht-unterlassen" und „Tun" eine Veränderung des Sinnes zur Folge haben. Hier haben wir es lediglich mit negativen Erlaubnis- und Befehlssätzen zu tun. Aus diesen Sätzen

gehen weder Rechte noch Pflichten hervor, da sie lediglich feststellen, daß Rechte oder Pflichten nicht bestehen: Weder ruft der negative Erlaubnissatz eine Pflicht, noch der negative Befehlssatz ein Recht ins Leben. Das Nicht-Dürfen ist kein Sollen, das Nicht-Sollen kein Dürfen. Infolgedessen interessieren hier nur die positiven Erlaubnis- und Befehlssätze. Sie haben folgenden Inhalt:

1. Du darfst tun = Du darfst nicht-unterlassen,
2. Du darfst unterlassen = Du darfst nicht-tun,
3. Du sollst tun = Du sollst nicht-unterlassen,
4. Du sollst unterlassen = Du sollst nicht-tun.

Die beiden Befehls-Sätze sind entweder „Gebotssätze", wenn sie keine Negation enthalten (Du sollst tun, Du sollst unterlassen) oder „Verbotssätze" wenn sie eine Negation enthalten (Du sollst nicht unterlassen, Du sollst nicht-tun). Daraus folgt: Jeder Gebots-Satz wird zum Verbots-Satz ohne Aenderung seines Sinnes, wenn man an Stelle des „tun" den gleichwertigen Ausdruck „nicht-unterlassen" oder an Stelle des Ausdrucks „unterlassen" den gleichwertigen Ausdruck „nicht-tun" gebraucht und umgekehrt.

II. Rechte und Pflichten im juristischen Sinne. (Rechtliches Dürfen und Sollen).

Die Frage: „Wer erteilt Rechte und Pflichten?" ist identisch mit der Frage: „Wer erlaubt und befiehlt?" — Zunächst kann der eine Mensch dem anderen etwas erlauben oder befehlen, z. B. der Vater den Kindern, der Lehrer den Schülern, der Fürst den Untertanen u. s. w.; aber allgemein: Jeder kann Jedem etwas erlauben oder befehlen, sofern der eine einen Willen äußern, der andere ihn vernehmen kann; ob allerdings die beabsichtigte Wirkung auf das Verhalten des Adressaten erreicht wird, ist fraglich und um so fraglicher, je weniger Ansehen der die Befehle und Erlaubnisse Erteilende in den Augen des Adressaten hat. Aber auch andere Faktoren als Menschen suchen durch Befehle und Erlaubnisse das Verhalten von Menschen zu beeinflussen und diese Faktoren sind in erster Linie Gewohnheit, Anstand, Moral und Recht. Alle erlauben und befehlen dem Men-

schen, sich in dieser oder jener Weise zu verhalten: Die Gewohnheit, weil das Verhalten üblich, der Anstand, weil es schön, ästhetisch, die Moral, weil es gut, ethisch, das Recht, weil es einem förderlichen Zusammenleben der Menschen dienlich ist. Sie alle rufen daher Rechte und Pflichten ins Leben. — Rechte und Pflichten im juristischen Sinne sind nun die durch Erlaubnisse und Befehle des Rechts im objektiven Sinne ins Leben gerufenen Rechte und Pflichten. Die Erlaubnis- und Befehls-Sätze des Rechts im objektiven Sinne seien „Rechtssätze" oder „Rechtsnormen" genannt. Das Verhalten, das von ihnen erlaubt oder befohlen wird, ist lediglich Ausübung oder Nicht-Ausübung körperlicher Funktionen; denn mit Gedanken kann der Mensch weder förderlich noch hinderlich für das Zusammenleben der Menschen werden, sondern nur durch die Betätigung der Gedanken. Das Verhalten der Menschen als Ausübung oder Nicht-Ausübung körperlicher Funktionen heißt „Handeln" und ist wie jedes Verhalten entweder ein Tun oder ein Unterlassen. Wir kommen zu folgendem Resultat:

Ein subjektives Recht im juristischen Sinn ist ein Handeln-Dürfen auf Grund eines Erlaubnissatzes des objektiven Rechts. Eine Rechtspflicht ist ein Handeln-Sollen auf Grund eines Befehlssatzes des objektiven Rechts.

III. Literatur und Gesetzgebung.

a) Die Lehre von der Nicht-Existenz erlaubender Rechtssätze und von der Korrelativität der Rechte und Pflichten.

Daß sich, soweit ich sehe, die von mir aufgestellte Definition des subjektiven Rechts in der Literatur nicht findet, ist in erster Linie auf das m. E. verfehlte Dogma zurückzuführen, daß das objektive Recht nur gebietet und verbietet, aber nicht erlaubt. Wenn beispielsweise Schuppe (59) sagt: „Was heißt Erlauben? Nicht verbieten und nichts mehr", so könnte man mit dem gleichen Recht oder vielmehr Unrecht sagen: „Was heißt verbieten? Nicht erlauben und nichts mehr." Das erste ist ebenso verkehrt wie das zweite. Es ist eben irrig, wenn Schuppe meint: „Was das Recht nicht gebietet, erlaubt es zu unterlassen, was es nicht ver-

bietet, erlaubt es zu tun." Denn es gibt eine Unzahl von rechtlich indifferenten Handlungen, Handlungen, um die sich das Recht gar nicht kümmert, die es weder gebietet, noch verbietet, noch erlaubt. Grueber (14) will die „Rechtssätze, die einer Person eine Erlaubnis erteilen," um deswillen nicht als Normen ansehen, weil dieselbe nach seiner Ansicht „nur durch das an die anderen gerichtete Verbot, in diese Sphäre einzugreifen, wirksam werden." Wirksam, d. h. bestimmend für das Verhalten der Personen, an deren Adresse sich die Sätze wenden, werden diese Rechtssätze dadurch, daß sie den Adressaten sagen, was sie dürfen, also ihnen Rechte geben. Daß Befehlssätze als solche dagegen Rechte ins Leben rufen sollten, wie allgemein behauptet wird, erscheint mir als eine begriffliche Unmöglichkeit. Völlig einseitig ist die Auffassung Thon's daß „das gesamte Recht einer Gemeinschaft nichts als ein Komplex von Imperativen ist" (Thon 8). Kann es wundernehmen, daß Thon bei dieser Einseitigkeit der Anschauung sein Ziel, eine Definition des subjektiven Rechts aufzustellen, nicht erreicht hat? Wir werden in den nächsten beiden Paragraphen darlegen, welche ferneren Funktionen außer der befehlenden und erlaubenden, der Pflichten und Rechte begründenden Funktion das objektive Recht besitzt.

Dieselbe irrige Vorstellung, die zu der Ansicht Veranlassung gibt, daß „die Unterscheidung zwischen befehlenden und erlaubenden Rechtssätzen völlig unhaltbar" sei (Merkel Elem. 583, Enz. 46), weil mit jedem Befehl eine Erlaubnis und mit jeder Erlaubnis ein Befehl Hand in Hand gehe, bildet die Grundlage für die Ansicht, daß Rechte und Pflichten unter allen Umständen Correlata seien. Die Irrtümlichkeit der beispielsweise von Binding (I 96) vertretenen Auffassung, daß „eine Rechtspflicht ohne ein ihr gegenüberstehendes Recht nicht gedacht werden" könne, ist bereits von verschiedenen Seiten erkannt: (so von Enneccerus I. § 67, Regelsberger § 16, Jellinek 196). Mir scheint recht bezeichnend zu sein, daß Binding zunächst folgende Konsequenz zieht: „Undenkbar ist eine rechtswidrige Handlung oder ein rechtswidriges Verhalten, die nicht wider ein subjektives Recht liefen" (295) und dann, wenn auch nur anmerkungsweise (Anm. 2), eingesteht, daß „es Fälle gibt, wo nicht ein Recht,

sondern ein Gut wie Leben oder Körperintegrität als ökonomische Wertobjekte verletzt wird." Diese Fälle bezeichnet er als „eine kleine Ausnahme" — eine Ausnahme von der Undenkbarkeit!

Aber umgekehrt ist auch das keine begriffliche Notwendigkeit, daß „dem Rechte des einen die Rechtspflicht anderer gegenübersteht (Enneccerus I 153, Gierke 449). Richtig ist nur, daß häufig auf Grund der Normierung eines Rechtes auf die Absicht des Gesetzgebers geschlossen werden kann, gleichzeitig diese oder jene Rechtspflicht normieren zu wollen, ebenso wie aus Verpflichtungen auf Berechtigungen geschlossen werden kann. Wann das der Fall ist, das zu erkunden ist Sache der Interpretation des positiven Rechts. Begrifflich ist es nicht erforderlich, daß ich, wenn ich dem Einen etwas erlaube, damit Anderen etwas verbiete, oder daß ich, wenn ich dem Einen etwas befehle, Anderen damit etwas erlaube.

b) Die Lehre vom Recht als Wille oder Wollen-Dürfen.

Vielfach stellt man das Recht und zwar sowohl im subjektiven wie objektiven Sinne als Unterbegriff des Willens hin, definiert z. B. das objektive Recht als den allgemeinen Willen, das subjektive Recht als den vom objektiven Recht anerkannten Willen des Einzelnen (vgl. Thon 1, Jellinek 42, Stammler S. XXII ff. u. s. w.). Das objektive Recht soll ein Wille sein: „Denn nur ein solcher kann gebieten und erlauben, binden und gewährleisten" (Merkel Enz. 22). Ein Wille oder ein Wollen ist eine geistige Lebensfunktion. Eine solche soll — und noch dazu allein! — imstande sein, gebietende und erlaubende Willenserklärungen abzugeben. Diejenigen, die glauben, den Willen zur Definition des Rechtsbegriffs verwenden zu müssen, berufen sich vielfach auf Hegel. Wollen sie denn aber auch mit Hegel übereinstimmen, wenn dieser sagt (70): „Wenn wir hier von Rechte sprechen, so meinen wir nicht bloß das bürgerliche Recht, das man gewöhnlich darunter versteht, sondern Moralität, Sittlichkeit und Weltgeschichte, die ebenfalls hierher gehören, weil der Begriff die Gedanken der Wahrheit nach zusammenbringt"?

Gewiß steht der Wille in gewissen Beziehungen zum Rechte, aber eine Subsumtion des einen unter den anderen Begriff ist zu verwerfen. Wenn auch von den Rechtssätzen nur ein Handeln, d. h. Ausübung körperlicher Lebensfunktionen erlaubt oder befohlen wird, so hindert das nicht, daß auch geistige Funktionen wie Wollen und Wissen rechtlich bedeutsam sind. Nur können sie nicht Gegenstand des vom Recht verliehenen Dürfens oder Sollens sein; sie können den Inhalt eines Rechts oder einer Pflicht nicht ausmachen. Das Recht kann nicht verbieten, diese oder jene Handlung zu wollen, aber es kann (Versuch!) verbieten, jenen Willen zu betätigen. Das Recht kann nicht verbieten, dies oder das zu wissen, aber es kann verbieten, wissentlich diese oder jene Handlung zu begehen. Die Auffassung, als sei das subjektive Recht ein Wollen-Dürfen, wie sie sich bei Windscheid (I 86), Jellinek (42), Gareis (20) und anderen findet, ist daher als irrig zu bezeichnen.

c. Die Lehre von der Selbstherrlichkeit des objektiven Rechts.

Die Auffassung des subjektiven Rechts als ein Wollen-Dürfen muß umsomehr verwundern, als man im allgemeinen den Unterschied zwischen dem Recht und der Sitte einerseits und der Moral andererseits mit Recht darin sieht, daß die ersteren beiden nur das Handeln, die Moral aber auch das Wollen beeinflußt. So sagt Schmoller (56): „Sitte und Recht sind Regeln des äußeren Lebens, die Moral umfaßt äußeres und inneres Leben, alles menschliche Handeln und alle Gesinnung.“ Insoweit stimmen Recht und Sitte überein; sie unterscheiden sich dadurch, daß die Sitte ein Handeln erlaubt oder befiehlt, weil es üblich (Gewohnheit) oder ästhetisch (Anstand) ist, das Recht dagegen, weil es für ein nützliches Zusammenleben dienlich ist. Alle drei, Sitte, Recht und Moral, sind „selbstherrlich“, „erheben den Anspruch unabhängig von der Zustimmung der Unterworfenen über diesen zu stehen.“ Wenn Stammler (S. XXIII) dies als Unterscheidungsmerkmal des Rechts gegenüber der Sitte ansehen will, so kann ich dem nicht zustimmen. Ebensowenig, wenn Enneccerus (I 61) als Sondermerkmal der Sitte an-

sehen will, daß sie die letzte Entscheidung dem einzelnen anheim stellt." Auch der von den Befehlen des Rechts und der Moral Betroffene hat „die Wahl, ob er dem Recht oder der Moral folgen oder die Nachteile, die der Bruch mit sich bringt, auf sich nehmen will." Umgekehrt ist es aber auch falsch, das als wesentliches Moment des Rechtsbegriffs anzusehen, daß das Recht „innerhalb einer bestimmten Gemeinschaft von den Mitgliedern derselben für ihr Verhalten innerhalb der Gemeinschaft als verbindlich anerkannt wird" (so Grueber 14). Gewiß: so wahr die Adjektive schön, gut und nützlich subjektive Urteile kennzeichnen, so wahr setzen die Begriffe Anstand, Moral und Recht voraus, daß jemand sie als solche anerkennt. Aber warum dieser Jemand Mitglied einer Gemeinschaft soll sein müssen, ist unerfindlich: Jeder Einzelne hat seine Anschauung über Anstand, Moral und Recht. Es fragt sich nur, wessen Anschauung auch für Andere von maßgebendem Einflusse ist. Und das ist die Anschauung der autoritativen Personen, der Erzieher, der Priester, der Herrscher und Staaten. Wünschenswert ist, daß die Erlaubnisse und Befehle der das Verhalten der Menschen bestimmenden Faktoren, der Moral, der Sitte, des Rechts sowie der autoritativen Individuen nicht einander widerstreiten. Anderenfalls entsteht ein Konflikt (vgl. über Pflichtenkollision z. B. Frank 105).

§ 2. Macht und Notwendigkeit. (Ermächtigende und zwingende Funktion des objektiven Rechts).

I. Macht und Notwendigkeit im gewöhnlichen Sinne. (Können und Müssen.)

Recht ist ein Dürfen. Von dem Dürfen scheidet sich begrifflich das Können. Können ist Macht. Wer die Macht hat, etwas zu tun, der kann das Betreffende tun. Ob er es tun darf, ob er also das Recht hat, es zu tun, ist eine vollständig andere Frage. Das Können auf Grund persönlicher Eigenschaften ist Fähigkeit, das Können auf Grund äußerer Umstände Möglichkeit, das Können im allgemeinen Macht. Das Können ist ein rechtliches, wenn es auf der Rechtsordnung, dem objektiven Recht, beruht, anderenfalls

ein tatsächliches. Das tatsächliche Können ist tatsächliche Macht, tatsächliche Gewalt. Die größte tatsächliche Macht über eine Sache kann man als „Besitz" bezeichnen. Den Besitz an einer Sache hat daher derjenige, der am ehesten imstande ist (die Fähigkeit, Möglichkeit hat), mit der Sache tatsächliche Handlungen vorzunehmen. Die Rechtsordnung kann nun bestimmen, daß die Person, die die größte tatsächliche Macht über eine Sache hat, auch bestimmte Rechte habe. Dadurch wird aber die tatsächliche Macht nicht selbst zu einem Recht.

Ebenso wie die tatsächliche Macht über Sachen ist die tatsächliche Macht über Menschen von Wichtigkeit für die Rechtsordnung. Wenn diese einer Person das Recht oder die Pflicht auferlegt, einen Menschen zu einer Handlung zu zwingen oder für eine Handlung zu strafen, so setzen diese Rechtssätze die Wahrscheinlichkeit voraus, daß die berechtigte oder verpflichtete Person die Macht hat, den Menschen zu zwingen oder zu strafen. Es ist sinnlos, Jemandem ein Handeln zu erlauben oder zu befehlen, wenn keine Aussicht vorhanden ist, daß jener zu diesem Handeln jemals imstande sein wird. Darum gibt die Rechtsordnung viele Rechte nur denen, die die größte tatsächliche Macht über Menschen haben, den Herrschern und den Staaten (vgl. unten Kap. 3 § 1).

Pflicht ist ein Sollen. Von dem Sollen scheidet sich begrifflich das Müssen. Müssen bedeutet Notwendigkeit. Wer der Notwendigkeit unterliegt, etwas zu tun, der muß das Betreffende tun; ob er es tun soll, ob er also die Pflicht hat, es zu tun, ist eine ganz andere Frage. Die Notwendigkeit zu handeln, das Handeln-Müssen beruht darauf, daß ohne das betreffende Handeln dieser oder jener Erfolg nicht eintritt. Die Pflicht zu handeln, das Handeln-Sollen, beruht darauf, daß befohlen ist, die betreffende Handlung vorzunehmen.

I. Macht und Notwendigkeit im juristischen Sinne (Rechtliches Können und Müssen).

Rechtliche Macht ist das auf dem objektiven Recht beruhende Können, rechtliche Notwendigkeit das auf dem ob-

jektiven Recht beruhende Müssen. Macht die Rechtsordnung die Entstehung oder Veränderung von Rechten oder Pflichten abhängig von Handlungen bestimmter Personen, so „können" die betreffenden Personen durch Vornahme der Handlungen die Aenderung der Rechtslage herbeiführen; ob sie es dürfen, ist damit noch nicht gesagt. Diese Personen erhalten also durch derartige Bestimmungen kein Recht, wohl aber eine Macht, nämlich die Möglichkeit oder Fähigkeit, die Rechtslage zu verändern. Jede Handlung, welche die Rechtslage verändert, also Rechte oder Pflichten begründet, abändert oder zum Erlöschen bringt, heißt „Rechtshandlung" Rechtshandlung ist also Ausübung einer rechtlichen Macht. Die rechtliche Macht unterscheidet sich von der tatsächlichen Macht dadurch, daß sie nicht wie jene eine Macht über Sachen, Menschen und dergl., sondern eine Macht über Rechte und Pflichten ist. Denn nur ein solches Können, welches sich auf die Gestaltung der Rechtslage bezieht, kann und ein solches Können muß notwendig auf der Rechtsordnung beruhen.

Aehnlich wie mit dem rechtlichen Können steht es mit dem rechtlichen Müssen. Dadurch daß die Rechtsordnung die Rechtsänderung von diesen oder jenen Handlungen bestimmter Personen abhängig macht, „müssen" diese Personen, um die Rechtsänderung zu erreichen, die Handlungen vornehmen; ob sie es „sollen", ist damit noch nicht gesagt. Diesen Personen wird durch eine derartige Bestimmung keine Pflicht, sondern eine Notwendigkeit auferlegt; sie sind nicht verpflichtet, sondern gezwungen zu handeln. Ebensowenig wie „dürfen" identisch ist mit „können", ist Recht identisch mit rechtlicher Macht. Ebensowenig wie „sollen" identisch ist mit „müssen", ist Pflicht identisch mit rechtlicher Notwendigkeit. Und doch verdanken sie alle, Rechte und Pflichten im juristischen Sinne, rechtliche Möglichkeiten, Fähigkeiten und rechtliche Notwendigkeiten, ihre Existenz lediglich dem objektiven Recht. Gewiß: das Recht erlaubt und befiehlt nicht nur, es ermächtigt auch und zwingt — aber Rechte und Pflichten erwachsen nur auf Grund der ersten beiden Funktionen des objektiven Rechts.

III. Literatur und Gesetzgebung.

a) Die Lehre vom Recht als Macht.

Die Leugnung der erlaubenden Funktion des objektiven Rechts trägt die Hauptschuld an der Unklarheit, die in der Wissenschaft bezüglich des subjektiven Rechtsbegriffs besteht. Sie hat vor allem zu der verhängnisvollen Gleichsetzung der Begriffe „Recht" und „Macht" beigetragen. Zahllos sind die Definitionen des subjektiven Rechts als irgend eine Macht, Herrschaft, insbesondere als eine Willensmacht, Willensherrschaft: Savigny, Puchta, Arndts, Windscheid, Bekker, Regelsberger, Enneccerus, Grueber u. s. w. u. s. w. vertreten diese Auffassung in dieser oder jener Variation. Trotzdem ist es nicht wahr, kann es nicht wahr sein, daß „das Recht in seinem innersten Wesen Macht ist" (Regelsberger I 75). Gerade der Wesensunterschied von Recht und Macht, Dürfen und Können, müßte den Ausgangspunkt jeder Rechtsbetrachtung bilden. Statt dessen diese allgemeine Begriffsvermengung! Arndts z. B. beginnt ganz richtig: „Unter Recht versteht man eine Befugnis zu irgendeiner Betätigung des Willens, die einem Individuum zusteht" (§ 10). Warum macht er denn die Konzession an die communis opinio doctorum, indem er unmotiviert fortfährt: „Ein Recht ist eine Herrschaft oder Willensmacht." (§ 11)? Was will man sich denn überhaupt unter einer Willensmacht vorstellen? Nach Gierke (448) „setzt sich das subjektive Recht aus Willensmacht und Willensgebundenheit zusammen": „Seine Elemente" seien „daher Rechte (Befugnisse) und Pflichten (Verbindlichkeiten)." Woher soll denn ein mixtum compositum aus Willensmacht und Willengebundenheit oder gar aus Rechten und Pflichten den Namen „Recht" verdienen? Sehr charakteristisch für die Verwechslung von „dürfen" und „können" einerseits und von „sollen" und „müssen" andererseits ist z. B. Merkel's Schrift über „Recht und Macht." Merkel sagt hier unter anderem (403): „Der Begriff des subjektiven Rechts schließt ein praktisches Können, eine Macht in Bezug auf die Betätigung des Willens und bezw. die Verwirklichung der Interessen einer Person oder Personenmehrheit in sich, und zwar ein nicht von bloßen Zufälligkeiten abhängiges, in einem gegebenen Moment faktisch bestehendes, sondern ein

über den Augenblick hinaus in gewisser Weise verbürgtes Können, dem ein ebensolches Müssen, eine irgendwie gewährleistete Gebundenheit bei anderen gegenübersteht." Auch die folgende Behauptung Jellineks (50) vermag ich nicht als richtig anzuerkennen: „Dürfen und Können" — meint er — „sind derart miteinander verbunden, daß jedes Dürfen notwendig ein Können zur Voraussetzung hat." Häufig genug darf man etwas tun und kann es nicht tun.

Daß sich die Gesetzessprache derselben Vertauschung der Ausdrücke „können" und „dürfen", „müssen" und „sollen" schuldig macht, kann nicht zur Verteidigung der bekämpften Ansicht angeführt werden. Im übrigen hat sich das Bürgerliche Gesetzbuch — z. B. gegenüber dem Allgemeinen Landrecht — bereits um die Auseinanderhaltung der letzten beiden Ausdrücke große Verdienste erworben. Um so schlimmer steht es allerdings noch mit den Ausdrücken „können" und „dürfen." In der Tat gebraucht das Bürgerliche Gesetzbuch den Ausdruck „können" in zahllosen Fällen im Sinne von „berechtigt sein", also in einem Sinne, der eigentlich durch den Ausdruck „dürfen" widergegeben sein müßte. Ob beispielsweise „der Eigentümer einer Sache mit der Sache nach Belieben verfahren *kann*," das hängt davon ab, ob er die tatsächliche Möglichkeit oder Fähigkeit dazu hat. Das aber kann der Gesetzgeber durch die Bestimmung des § 903 BGB. nicht erreichen. Wohl aber kann er bestimmen, daß der Eigentümer mit der Sache nach Belieben verfahren „darf;" und das ist auch gemeint. Wenn man erst dazu gelangen wird, selbst die Verschiedenheit der Begriffe „dürfen", „können", „sollen" und müssen" zu erkennen, so wird man auch aufhören, es als technisches Kuriosum des Bürgerlichen Gesetzbuches anzusehen, daß hier das Wort „müssen" und „nicht-können" Nichtigkeit, d. h. Nicht-Eintritt des angestrebten Erfolges, der angestrebten Rechtsänderung, im Gefolge haben kann, während das Wort „sollen" nur eine Verpflichtung begründet (vgl. besonders Planck I 27 ff.).

b) Die Lehre vom Besitz als Recht.

Die dargestellte irrtümliche Gleichstellung von Recht und Macht hat nun leider auch ihre Folgen gezeitigt. Die wich-

tigsten hiervon sind die Auffassung des Besitzes als eines Rechts und die Aufstellung jener Gruppe von „Kannrechten". Zunächst bezüglich des Besitzes kann man sich nicht wundern über die Kämpfe, die in der Literatur (vgl. z. B. Planck III 28) darüber ausgefochten sind, ob der Besitz ein Recht sei oder nicht. Sie beruhen eben in dem Widerspruche zwischen dem von mir bekämpften Dogma und der hervorbrechenden Erkenntnis, daß der Besitz zwar eine Macht, Herrschaft, Gewalt über eine Sache sei und doch kein Recht sein könne. Freilich, wenn die Voraussetzung v. Thur's (I 138) richtig wäre, daß „eine vom Gesetz anerkannte und geschützte Herrschaft nichts anderes als ein subjektives Recht" sei, so wäre nicht einzusehen, warum man den Besitz nicht als Recht gelten lassen will. Aber die Voraussetzung stimmt nicht! Wenn anders man als Besitz eine tatsächliche Macht oder Gewalt bezeichnet, ist Besitz niemals ein Recht; denn sein Wesen ist Können und nicht Dürfen.

Ferner dürfte es ungenau sein, schlechthin jede tatsächliche Macht, wie man zu tun pflegt, als „Besitz", „Gewahrsam", „Innehabung" und dergl. zu bezeichnen. Denn mit einem solchen Begriffe ist niemandem gedient. Der Kernpunkt des angestrebten Begriffes liegt vielmehr in dem Superlativ. — „Besitz", „Gewahrsam" oder, welcher Terminologie man sich sonst bedienen will, ist die jeweils größte tatsächliche Macht über die Sache. Wenn Jemand diese größte tatsächliche Macht zwar ausübt, sie aber nur für einen Anderen ausübt, so steht der Besitz nicht ihm selbst, sondern dem Anderen zu; er ist dann nur ein Werkzeug in der Hand des Anderen, des Besitzers; man kann ihn als „Besitzdiener" bezeichnen (vgl. BGB. § 855).

c) Die Lehre von den „Kannrechten".

Während die Auffassung des Besitzes als eines subjektiven Rechts auf der Verwechselung von Recht und tatsächlicher Macht beruht, ist die Aufstellung der „Kannrechte" auf die unzulässige Identifizierung von Recht und rechtlicher Macht zurückzuführen. Diese angeblichen Rechte, die von Zitelmann (I 32) „Kannrechte", von Hellwig (§ § 34 ff.) „Rechte des rechtlichen Könnens", von Seckel (205 ff.) „Ge-

staltungsrechte" und von Enneccerus (I 153) „Rechte auf Rechtsänderung" genannt werden, sind keine subjektiven Rechte, sondern rechtliche Möglichkeiten. Schon der Ausdruck „Kannrecht" enthält einen Widerspruch in sich selbst; denn Recht ist niemals ein Können, sondern immer ein Dürfen. Auch diese Irrlehre ist auf die falsche Definition des subjektiven Rechts zurückzuführen. Wenn man freilich das Recht definiert als eine vom objektiven Recht verliehene Macht, so ist sogar zu behaupten, daß dann die „Kannrechte" die einzigen Rechte sind. Aber die Definition ist falsch. Die Existenz der angeblichen Kannrechte ist nicht abzuleugnen, ja es gibt ihrer sogar noch unendlich viel mehr, als die Vertreter dieser Theorien zu sehen scheinen, aber es sind keine Rechte, um die es sich dabei handelt, sondern um vom Recht verliehene Möglichkeiten, irgendwelche Aenderung in der Rechtslage, d. h. eine Aenderung der augenblicklichen Rechte und Pflichten, durch eine Handlung herbeizuführen, also um rechtliche Möglichkeiten.

§ 3. Rechtssätze und grammatische Sätze des Rechts. (Schützende und strafende Funktion des objektiven Rechts).

I. Rechtssätze und grammatische Sätze des Rechts im allgemeinen.

Als „Rechtssätze" oder „Rechtsnormen" haben wir die Erlaubnis- und Befehls-Sätze des objektiven Rechts bezeichnet. Sie sind keineswegs identisch mit den grammatischen Sätzen der Rechtsordnung. Damit das Recht seine das Verhalten der Menschen bestimmende und dadurch das Zusammenleben der Menschen ordnende Funktion erfüllen kann, müssen die Rechtssätze aus den grammatischen Sätzen herausgelesen werden. Der Inhalt des grammatischen Satzes ist beliebig, der Rechtssatz sagt immer, daß Jemand in dieser oder jener Weise handeln darf oder soll. Der Rechtssatz hat wie der grammatische Satz ein Subjekt, ein Prädikat und meistens auch ein Objekt. Während aber das Verbum des grammatischen Satzes keine bestimmte Form hat, ist das des Rechtssatzes stets „dürfen", „sollen", „berechtigt

sein", „verpflichtet sein", „Recht haben", „Pflicht haben". Rechte und Pflichten entspringen nur Rechtssätzen und jeder Rechtssatz hat ein Recht oder eine Pflicht zum Produkt.

II. Rechtssätze und grammatische Sätze des Rechts im Strafrecht.

Der Unterschied zwischen Rechtssätzen und grammatischen Sätzen des Rechts sei klargelegt am Strafrecht. Strafrecht ist nämlich die Summe der grammatischen Sätze des Rechts, welche irgend ein Handeln mit Verhängung eines Uebels, der Strafe bedrohen. Der Strafrechtssatz ist also weder ein Erlaubnis- noch ein Befehls-Satz. Wohl aber können aus ihm unausgesprochene Rechtssätze herausgelesen werden. Denn es kann sich Jeder sagen, daß das Handeln, sei es ein Tun oder ein Unterlassen, welches mit Strafe bedroht ist, verboten ist, daß er also nicht so handeln soll. Ferner dient der die Strafe ankündigende Teil des Strafrechtssatzes zur Ergänzung des Rechtssatzes, welcher dem zuständigen Beamten das Recht oder die Pflicht auferlegt, eine Strafe zu verhängen.

Auch unmittelbar strafen kann die Rechtsordnung dadurch, daß sie an ein Handeln den Untergang von Rechten (z. B. Rechtlosigkeit) oder die Entstehung von Pflichten (z. B. Schadensersatzverpflichtung) der handelnden Person knüpft. Andererseits übt das Recht auch eine sichernde Funktion aus: es sichert den Rechtsgenossen die innere Ruhe und den äußeren Gütergenuß. Also auch hier enden wir mit dem Resultat. Gewiß: das Recht erlaubt und befiehlt nicht nur, es bedroht, es straft, es beruhigt, es schützt — aber Rechte und Pflichten erwachsen nur auf Grund der ersten beiden Funktionen des objektiven Rechts.

III. Literatur und Gesetzgebung.

a) Die Lehre von den unvollständigen Rechtssätzen.

Die begriffliche Trennung von „Rechtssätzen" und „grammatikalischen" Sätzen findet sich beispielsweise bei Enneccerus (I 57 Anm. 3), nur daß Enneccerus der Ansicht ist, daß „jeder vollständige Rechtssatz ein Gebot" enthält, viele aber auch „außerdem, ja sogar in erster Linie eine Gewäh-

rung" enthalten (56), während der Rechtssatz nach meinen Erörterungen entweder einen Befehl, also ein Gebot bezw. Verbot, oder eine Erlaubnis enthält, aber niemals beides gleichzeitig. Was soll ferner jene Aufstellung von „unvollständigen Rechtssätzen"? Wenn ein grammatischer Satz den in einem anderen grammatischen Satze verwendeten Ausdruck erklärt, so ist weder der erste noch der zweite ein Rechtssatz. Denn der Rechtssatz kann höchstens beiden entnommen werden.

Wenn Binding (I 89) behauptet: „die Norm ist ein Satz des Privatrechts und nie ein Satz des Strafrechts", so ist die zweite Hälfte dieses Satzes gerechtfertigt durch die grammatische Natur der Sätze des Strafrechts. Doch ist nicht einzusehen, warum die Norm privatrechtlicher Natur sein soll; sie kann vielmehr ebenso wie dem Privatrecht auch dem öffentlichen Recht angehören.

Ebenso wie der Begriff des Strafrechts werden auch die vom Bürgerlichen Gesetzbuche verwendeten Begriffe „Sachenrecht", „Familienrecht" und „Erbrecht" sowie „Recht der Schuldverhältnisse" gebildet durch Analyse des objektiven Rechts nach grammatischen Sätzen, nicht etwa nach Rechtssätzen. Dies wird schon dadurch bewiesen, daß für alle die genannten Teile des Gesetzbuches ein gemeinsamer „allgemeiner Teil" existiert, dessen grammatische Sätze zusammen mit denen der anderen Teile zur Bildung von Rechtssätzen verwendet werden müssen.

b) Die Lehre vom Recht als Anteil an den Lebensgütern.

Wichtig ist die Erkenntnis, daß die in den Rechtssätzen zum Ausdruck kommende erlaubende und befehlenden Funktion nicht die einzige Funktion des objektiven Rechts ist, indessen die einzige Funktion, welche Rechte und Pflichten ins Leben ruft. Die irrtümlichen Grundanschauungen vom objektiven Recht und vom subjektiven Recht beruhen regelmäßig darauf, daß man nur die eine oder die andere Funktion des objektiven Rechts ins Auge faßt und dann versucht, das subjektive Recht als ein Produkt dieser Funktion hinzustellen. Dies gilt insbesondere von der Betrachtungsweise, die das

subjektive Recht als irgend ein Gut oder eine Anzahl von Gütern auffaßt. Bekanntlich spielt hier die Dernburg'sche Definition die führende Rolle (I, 104). Nach Dernburg ist das subjektive Recht ein „Anteil an den Lebensgütern, welchen der allgemeine Wille als einer Person zukommend anerkennt und gewährleistet." Zunächst ist soviel zuzugeben: Das objektive Recht bringt für den Einzelnen Dinge hervor, die für ihn teils Güter teils Uebel bedeuten. Die meisten Rechte, die ich zuerteilt bekomme, und viele Pflichten, die Anderen auferlegt werden, sind für mich Güter im allgemeinsten Sinne, wenn auch nicht immer Güter von Geldeswert. Umgekehrt sind die meisten Pflichten, die mir auferlegt werden, und viele Rechte, die Anderen zugewiesen werden, für mich Uebel. Bezeichnet man die Zuerteilung eines Gutes auf Grund eines gebilligten Handelns als „Belohnung", die Auferlegung eines Uebels auf Grund eines gemißbilligten Handelns als „Bestrafung", so ist es wahr: Die Rechtsordnung verteilt Güter und Uebel, sie belohnt und straft. Aber — gerade das Uebel, was man gewöhnlich unter „Strafe" zu verstehen pflegt, wird nicht vom Recht selbst, sondern von Menschen, insbesondere Beamten, dem Delinquenten zugefügt. Und gerade das Gut, das man als „Lebensgut" bezeichnen kann und das z. B. Dernburg im Auge hat, erwächst nicht dem Recht, sondern der Natur, dem Leben. Ein Anteil an diesen Lebensgütern verdient aber niemals den Namen „subjektives Recht."

c) Die Lehre vom Recht als geschütztem Interesse.

Noch weniger als die Dernburg'sche Definition ist die bekannte Ihering'sche Definition des subjektiven Rechts als des „rechtlich geschützten Interesses" annehmbar. Das subjektive Recht kann wenigstens ein Gut sein, aber wie es ein „Interesse" sein soll, ist mir unklar. Man kann ein Interesse daran haben, ein Recht zu besitzen, und auch daran, ein Recht auszuüben, sich also in der vom objektiven Recht erlaubten Weise zu betätigen. Das objektive Recht schützt auch Interessen, erkennt Interessen als berechtigt an, ebenso wie es Personen im Genusse von Lebensgütern schützt. Aber — wie kommt man dazu, ein vom objektiven Recht

geschütztes Gut oder Interesse mit dem Namen „Recht" zu belegen? Man kann doch nicht auf Grund der Beobachtung, daß der Apfelbaum Schatten spendet, den Apfel definieren als den vom Apfelbaum gespendeten Schatten. Ebensowenig wie der Apfel ein Schatten ist, ebensowenig ist das Recht ein Interesse, auch nicht ein Interesse, das vom objektiven Recht anerkannt oder geschützt wird. Noch auffallender ist die begriffliche Unklarheit bei Thon: Bald soll da das Recht „in der Aussicht auf Ansprüche bestehen" (218), bald soll „der Normenschutz um der Ansprüche willen zum Rechte der Geschützten werden" (223), bald soll durch den Privatanspruch „die von der Rechtsordnung einzelnen Personen auferlegte Verpflichtung zum Privatrecht werden" (202) u. s. f.

Mit der Ablehnung der Grundauffassungen des subjektiven Rechts als „Wille", „Macht", „Lebensgut", „Interesse", „Schutz" und dergl. fallen auch alle die zahllosen durch Kombination dieser Grundauffassungen entstandenen Definitionen. Als Beispiel einer solchen Kombination sei die Jellinek'sche Definition erwähnt: Nach ihm (44) ist das subjektive Recht „die von der Rechtsordnung anerkannte und geschützte auf ein Gut oder Interesse gerichtete Willensmacht."

Kapitel 2.

Die Subjekte und Objekte der Rechtssätze.

§ 1. Die Subjekte der Rechtssätze.

I. Personen im gewöhnlichen Sinne.

Unter „Person" versteht man allerdings in erster Linie einen Menschen. Aber gerade die Ethymologie des Wortes „Person" (persona = Maske, Rolle, der vom Schauspieler dargestellte, fingierte Mensch) erleichtert den Gebrauch dieses Ausdrucks für einen weitergefaßten Begriff. In diesem weiteren Sinne ist nämlich „Person" auch dasjenige Wesen, was so angesehen wird, als wenn es wie ein Mensch denkt und handelt, obwohl es kein Mensch ist. Eine solche Anschauungsweise ist unendlich häufig anzutreffen und keineswegs etwa nur ein Kuriosum der Rechtsanschauung. Insbesondere werden vielfach Vielheiten von Menschen als selbstständig denkende und handelnde Einheiten gedacht. Wenn Jemand sagt, daß „eine Familie ihr Mittagessen verzehrt", oder daß „ein Klub radelt" oder daß „ein Volk zu den Waffen greift", so wäre es doch recht merkwürdig, wenn man ihm entgegenhalten wollte, daß die Familie selbst keinen Magen habe, also nicht essen könne, der Klub keine Beine, um zu radeln, das Volk keine Arme, um zu den Waffen zu greifen. Familie, Klub und Volk werden eben hier so angesehen, als wenn sie selbst handelten, wenn irgend welche Menschen handeln, und da zum Handeln als dem Ausüben körperlicher Lebensfunktionen (vgl. oben § 1 II) ein Körper gehört, so werden die betreffenden Menschen als „Glieder" oder „Organe" des gedachten Körpers der Familie, des Klubs oder Volkes angesehen, mit einem Worte:

Familie, Klub, Volk werden personifiziert, werden „Personen". Als solche können sie denken und können sie handeln, obwohl sie eigentlich weder Geist noch Körper haben.

II. Personen im juristischen Sinne.

Personen im juristischen Sinne sind nun alle diejenigen Wesen, die vom objektiven Recht als handelnd angesehen werden, sei es, daß sie als Menschen von Natur wirklich handeln, sei es, daß sie nur vom Rechte personifiziert werden. Da das objektive Recht aus Rechtssätzen besteht und diese ein Handeln entweder erlauben oder befehlen, so sind Personen im juristischen Sinne einfach die Adressaten, die Subjekte der Rechtssätze, also diejenigen, denen Rechte oder Pflichten vom objektiven Rechte zugewiesen werden. Denn die Subjekte der Rechtssätze werden sämtlich und nur sie werden von der Rechtsordnung als handelnd angesehen.

Personen im juristischen Sinne sind also die Subjekte der Rechtssätze. Sie sind entweder „natürliche" („physische") Personen, wenn sie von Natur bereits handeln können, also Menschen sind, oder juristische Personen, wenn sie erst vom Rechte personifiziert werden, d. h. als handelnd betrachtet werden.

Die Eigenschaft der Person im juristischen Sinne als solche heißt im Gegensatz zur Persönlichkeit im gewöhnlichen Sinne „Rechtspersönlichkeit". Diese Eigenschaft, also die rechtliche Anerkennung als Person, ist die Voraussetzung der „Rechtsfähigkeit", d. h. der Fähigkeit, Träger von Rechten und Pflichten (in juristischen Sinne) zu sein. Denn nur die Adressaten, die Subjekte der Rechtssätze, sind Träger von Rechten und Pflichten.

Ein Satz, der Jemandem die Rechtspersönlichkeit, also die Eigenschaft als Person im juristischen Sinne zuerkennt, verleiht ihm nur die Fähigkeit, die rechtliche Möglichkeit, Subjekt von Rechtssätzen, Träger von Rechten oder Pflichten zu sein, also eine rechtliche Macht, kein Recht, ist ein grammatischer Satz des Rechts, kein Rechtssatz, dient vielmehr nur zur Kenntlichmachung der Subjekte von Rechtssätzen.

III. Literatur und Gesetzgebung.

a. Die Lehre von den juristischen Personen als Kuriositäten der Rechtsanschauung.

Auch die Behandlung der Frage der juristischen Personen in der Wissenschaft leidet erheblich unter dem Mangel der Erkenntnis, daß Recht ein Handeln-Dürfen, Pflicht ein Handeln-Sollen ist. Würde man erkennen, daß Person im rechtlichen Sinne jeder ist, der nach der Rechtsordnung irgendwie handeln darf oder soll, also von der Rechtsordnung als handelnd angesehen wird, so würde man sich manches Kopfzerbrechen erspart haben. Natürlich kann ich im Rahmen dieser Arbeit der umfangreichen Literatur nicht gerecht werden, muß mich vielmehr darauf beschränken, den Unterschied meiner Auffassung von den verbreitetsten Theorien (vgl. Enneccerus I 222) anzudeuten.

Vor allem halte ich es für verkehrt, die Existenz der juristischen Personen lediglich dem Umstande zuzuschreiben, daß man das Bedürfnis der juristischen Technik befriedigen wollte, wie es fast allgemein, besonders aber von seiten der „Fiktionstheorie" geschieht. Die personifizierende Anschauungs- und Sprech-Weise ist so allgemein wie nur irgend möglich. Auf ihr beruht z. B. auch die im ersten Paragraphen dieser Arbeit dargelegte Auffassung, daß Recht, Sitte, Sittlichkeit befehlen und erlauben und infolgedessen Rechte und Pflichten erteilen.

Die organische oder germanistische Theorie vermag ich überhaupt nicht anzuerkennen. Die juristische Person ist nicht ein wirkliches Lebewesen mit eigenem Organismus, sonst müßte man sie stets sinnlich wahrnehmen können. Sie ist auch nicht eine „Gesamtpersönlichkeit" oder „Verbandspersönlichkeit"; denn nicht jede juristische Person ist eine Vielheit, eine Vereinigung von Menschen.

Da die juristische Person handelt oder wenigstens von der Rechtsordnung als handelnd betrachtet wird, so stehen ihr selbst Rechte zu und liegen ihr selbst Pflichten ob, nicht etwa nur ihren Mitgliedern oder Destinatären (Genießertheorie) und ebensowenig den Verfügungsberechtigten (Amtstheorie).

Noch verfehlter scheint mir schließlich die Ansicht zu sein, daß die der juristischen Person zukommenden Rechte in Wahrheit niemandem zustehen, sondern nur für einen Zweck bestimmt sind (Zweckvermögenstheorie): Subjektlose Rechte sind ebenso undenkbar wie subjektlose Pflichten. (Richtig und sehr beachtenswert: Dernburg I 165, 170). Auch Enneccerus' Theorie der Zweckpersonifikation sieht mit Unrecht „das wesentlichste Moment für die juristische Person in der Zwecksetzung." Ja, in Verfolg der letztgenannten beiden Theorien wird man sogar schwankend in dem Glauben an die Richtigkeit des durch Tradition geheiligten Dogmas von der Macht-Natur des Rechts! Nach Enneccerus verdanken die juristischen Personen ihre Existenz dem Umstande, daß man die „Zweckgebundenheiten" nach Analogie der subjektiven Rechte wollte behandeln können.

Schließlich sei noch auf die Behauptung Jellinek's (28) eingegangen: „Es gibt keine natürliche, sondern nur eine juristische Persönlichkeit. Die Bezeichnung physische Person enthält eine contradictio in adjecto." Hiergegen ist zu sagen: Erstens gibt es auch außerhalb des Rechts Persönlichkeit und zweitens ist nicht einzusehen, warum man nicht die Personen im juristischen Sinne soll danach einteilen können, ob sie von Natur schon handeln, d. h. Menschen sind, oder ob sie nur vom Recht als handelnd, also wie Menschen betrachtet, personifiziert werden. Bevor Jemand aber die Terminologie allein anfechten will, mag er eine bessere in Vorschlag bringen.

b. Die Lehre von der Unmöglichkeit von Rechten oder Pflichten, die Göttern und dergl. zustehen.

Eine wesentliche Folge des weiteren Umfanges der hier vertretenen Definition der juristischen Personen scheint mir die Möglichkeit zu sein, nicht nur die Persönlichkeit von Anstalten, Stiftungen, Sammlungen und dergl., sondern auch die Erscheinung zu erklären, daß — besonders in kulturell noch nicht weit fortgeschrittenen Völkern — überirdischen Wesen, insbesondere Göttern, subjektive Rechte, ja sogar auch Pflichten zuerkannt werden. Die Opfer, die man ihnen spendet, sind Geschenke und gehen in das Eigentum der Gottheit

über. Haine, Altäre u. s. w. gehören den Göttern und werden in ihrem Namen von den Priestern verwaltet. Die Priester sind Organe der überirdischen Wesen. Aehnliches gilt von den Toten: Das den Toten ins Grab mitgegebene Gerät bleibt in ihrem Eigentum; die auf dem Grabe des Toten dargebrachten Sachen werden ihm geschenkt. Ebenso wie der verstorbene Mensch kann der, welcher noch nicht geboren ist, die Leibesfrucht z. B., am Rechtsverkehr teilnehmen. Es ist von meinem Standpunkt aus auch nicht einzusehen, warum man sich gegen die begriffliche Möglichkeit der Rechte und Pflichten eines Toten oder eines Noch-nicht-Geborenen wendet, während man dem gelähmten Greise und dem neugeborenen Kinde Rechte und Pflichten zuerkennt, obwohl diese doch ebensowenig handeln, also von ihren Rechten Gebrauch machen und ihre Pflichten erfüllen können. (Auch Gareis (Bl. f. Rechtsanw. 319) versteht nicht sein „prolongiertes Persönlichkeitsrecht des Toten" zu verteidigen). Mir liegt es fern, für irgend ein modernes Recht die Behauptung aufstellen zu wollen, daß Götter, Tote oder Noch-nicht-Geborene am Rechtsverkehr teilnehmen. Das zu untersuchen, ist Sache der Interpretation des positiven Rechts und gehört nicht in den Rahmen dieser begriffsentwickelnden Arbeit. Aber gerade die Ergebnisse einer solchen Arbeit müssen für das Recht jeden Volkes und jeder Zeit zutreffen. Sie dienen dazu, den durch das positive Recht beengten Blick des Gesetzgebers und des Interpreten zu erweitern. Wenn anders die Genannten, nämlich Götter, Geister, Tote, Noch-nicht-Geborene und dergl. von irgend einem Rechte mit Rechten und Pflichten ausgestattet werden, so werden sie personifiziert, werden „juristische Personen". Man möge also alle Einschränkungen des Begriffs der juristischen Personen fallen lassen: Juristische Personen sind nicht „Organisationen zur Erreichung eines Zweckes" (Enneccerus I 224); auch ist nicht „das Charakteristische für jede juristische Person, daß ein Vermögen besteht" (Planck I 90): Juristische Personen sind weiter nichts als die Subjekte von Rechtssätzen, die nicht „natürliche Personen", d. h. Menschen sind.

c. Die Lehre vom Rechte der Persönlichkeit und den Persönlichkeitsrechten.

Wenn Jellinek (28) definiert: „Persönlichkeit oder Person ist die Fähigkeit, Träger von Rechten sein zu können, mit einem Worte die Rechtsfähigkeit," so ist dies mehrfach ungenau. Weder ist Persönlichkeit identisch mit Person — denn Persönlichkeit ist die Eigenschaft als Person — noch identisch mit Rechtsfähigkeit — denn Rechtsfähigkeit ist eine Fähigkeit, eine rechtliche Macht, Persönlichkeit dagegen nicht und noch weniger „Person": Die Person im juristischen Sinne ist rechtsfähig d. h. fähig, Träger von Rechten und Pflichten zu sein, denn sie i st Träger von Rechten oder Pflichten.

Auch bezüglich des Begriffes „Persönlichkeit" machen sich die falschen Auffassungen des subjektiven Rechtsbegriffs in höchst bezeichnender Weise bemerkbar. Man begegnet hier vor allem dem Irrtum, daß die Persönlichkeit ein subjektives Recht sei, und der Aufstellung des „Rechts der Persönlichkeit" als eines Gesamtrechts an der eigenen Person und der „Persönlichkeits- oder Individual-Rechte." (vgl. vor allem Gierke (475) und fernere Literatur bei Planck I 57). Der Satz, der lediglich die Rechtsfähigkeit oder Rechtspersönlichkeit Jemandes konstatiert, ist ein grammatischer Satz des Rechts, kein Rechtssatz, verleiht eine rechtliche Fähigkeit, kein Recht. Definiert man allerdings das Recht als „rechtlich geschütztes Gut" oder „rechtlich anerkanntes Interesse" u. s. w., so ist es naheliegend, Leben, Körper, Freiheit, Gesundheit, Ehre, freie Betätigung der geistigen Individualität und dergl. ebenso wie die Persönlichkeit als subjektive Rechte aufzufassen (vgl. insbesondere die Literatur zu § 823 BGB.). Mit der Erkenntnis, daß das subjektive Recht ein Handeln-Dürfen ist, fallen alle diese Ansichten in sich zusammen. Einen Fortschritt stellt es schon dar, wenn man Leben, Körper und dergl. als „Rechtsgüter" den subjektiven Rechten gegenüberstellt. Aber auch ein „Recht auf ungehinderten Namensgebrauch," „auf ungehinderte Fortführung eines bestehenden Gewerbetriebes" und dergl. (vgl. Enneccerus I 165) gibt es nicht. Denn das Recht kann wohl erlauben, einen Namen zu gebrauchen, aber nicht

einen Namen „ungehindert" zu gebrauchen. Warum, wie auch Planck (I 75) meint, „das Namenrecht auf der Persönlichkeit beruhen" und daher den Namen „Persönlichkeitsrecht" verdienen soll, ist mir unverständlich. Ebenso erscheint mir der weitergehende Ausspruch Dernburg's (I 104), daß jedes „Recht im subjektiven Sinne in der Persönlichkeit des Individuums wurzelt", mystisch und irreführend. Die „Mitgliedschaft in einem Verein" ist auch kein subjektives Recht, also auch kein „Persönlichkeits- oder Personenrecht", wie sie Enneccerus (I 165) nennt.

„An ihren Früchten sollt ihr sie erkennen": An den „Kannrechten" einerseits und den „Persönlichkeitsrechten" andererseits hätte man die Unhaltbarkeit der üblichen Definitionen des subjektiven Rechts erkennen sollen!

§ 2. Die Objekte der Rechtssätze.

I. Die Objekte der Rechtssätze im allgemeinen.

Durch einen Rechtssatz wird ein Handeln entweder erlaubt oder befohlen. Das Handeln kann nun gekennzeichnet sein durch Angabe eines Gegenstandes, auf den es sich erstreckt, oder ohne Objektivierung eines Gegenstandes. Im ersteren Falle wird durch den Rechtssatz ein Recht oder eine Pflicht normiert, mit einem bestimmten Objekte in dieser oder jener Weise zu verfahren. Die Objekte der Rechtssätze sind in erster Linie Sachen oder Menschen, können aber auch Rechte und Pflichten, immaterielle Güter, Inbegriffe von Sachen oder Rechten (z. B. Vermögen) und dergleichen sein.

Beispielsweise ist das Recht oder die Pflicht, wenn das Objekt ein Recht ist, das Recht oder die Pflicht, mit einem Rechte in dieser oder jener Weise zu verfahren. Dieses Recht und diese Pflicht sind keineswegs eine rechtliche Möglichkeit oder eine rechtliche Notwendigkeit. Durch den Kaufvertrag z. B. entsteht die Pflicht des Verkäufers, das Eigentumsrecht an der Sache auf den Käufer zu übertragen, d. h. er „soll" es übertragen. Ob und warum er es übertragen „muß", ist eine andere Frage. Der Verkäufer hat also eine Pflicht bezüglich eines Rechtes, eine Pflicht zur Rechtsänderung. Damit ist noch nicht gesagt, daß er auch das

Eigentum übertragen „kann", daß er also die Macht zur Rechtsänderung, die rechtliche Möglichkeit und Fähigkeit hat. Umgekehrt hat nach den Vorschriften des sog. „gutgläubigen Erwerbs" der Nichteigentümer die rechtliche Möglichkeit zur Rechtsänderung, aber ob er das Recht zur Rechtsänderung hat, ist damit noch nicht gesagt.

Rechte und Pflichten ändern zu dürfen, ist ein subjektives Recht, sie ändern zu können, eine rechtliche Macht, sie ändern zu sollen, eine Rechtspflicht und, um sie zu ändern, handeln zu müssen, eine rechtliche Notwendigkeit. Die Rechte und Pflichten ändernde Handlung ist immer Ausübung einer rechtlichen Macht, sie kann daneben Ausübung eines subjektiven Rechts, Erfüllung einer Rechtspflicht oder auch Nicht-Erfüllung einer solchen, d. h. eine rechtswidrige Handlung sein; sie heißt, wie bereits oben (Kap. 1 § 2 II) erwähnt, „Rechtshandlung".

II. Eigentum.

Das unter Objektivierung eines Gegenstandes statuierte Recht, also das Recht mit einem Objekte in dieser oder jener Weise zu verfahren, kann begrenzt oder unbegrenzt sein. Im ersteren Falle ist es das Recht, mit einem Objekte nach Belieben zu verfahren, und heißt „Eigentum". Denkbar ist ein Eigentum an jedem Objekte, an Sachen, Menschen, Rechten, Sachinbegriffen, Vermögen und dergl. An welchen Objekten in concreto ein Eigentumsrecht statuiert ist, hat die Interpretation dem positiven Rechte zu entnehmen.

Wie jedes Recht so wird auch das Eigentum durch entgegenstehende Pflichten des Berechtigten eingeschränkt und erweitert sich, je mehr durch Wegfall jener Pflichten diese Schranken in Fortfall kommen. Ebenso wird umgekehrt die Rechtspflicht lediglich durch entgegenstehende Rechte des Verpflichteten eingeschränkt und auch die Pflichten sind insofern elastisch, als sie durch Fortfall der entgegenstehenden Rechte ihre volle Wirksamkeit wiedererlangen. Wenn ein Recht und eine Pflicht miteinander konkurrieren, ist es Sache der Interpretation zu entscheiden, ob der Erlaubnis- oder der Befehls-Satz die stärkere Wirkung hat, ob also das Recht die Pflicht oder die Pflicht das Recht einschränkt oder auch ganz unwirksam macht.

III. Literatur und Gesetzgebung.

a. Die Lehre von den Einzelbefugnissen.

Vielleicht kann man als Kernpunkt des Unterschiedes zwischen meiner und der üblichen Auffassung ansehen, daß ich dasjenige als subjektives Recht ansehe und zum Ausgangspunkt der ganzen Betrachtung mache, was Andere (beispielsweise Enneccerus I 150) nur als „Einzelbefugnis" zu bezeichnen pflegen. Die Wesenheit dieser Einzelbefugnis zu erörtern, davon scheint man allgemein Abstand zu nehmen. Meine Ansicht ist nun die: Will man irgendwelche Konglomerate von „Einzelbefugnissen" und „Verbindlichkeiten". — die übrigens manche (z. B. Gierke 448) auch offen als „Rechte" und „Pflichten" bezeichnen — mit dem Namen „subjektive Rechte" belegen, so kann man dies natürlich tun und demnach auch unter den Ausdrücken „Eigentum", „Nießbrauch", „Mietrecht", „Pachtrecht" u. s. w. sich Gemische von Rechten und Pflichten vorstellen. Aber — erstens ist eine solche Terminologie unberechtigt und vielmehr ein Ausdruck wie „Rechtsinstitut" an stelle des Ausdrucks „subjektives Recht" am Platze. Zweitens ist auch für ein solches Gemisch nicht anzuerkennen, daß sein Wesen Macht, Wille oder dergl. ist. Denn wenn anders weder dürfen noch sollen mit können oder wollen irgendwie wesensgleich ist, so wird auch ein Gemisch von Recht und Pflicht weder zur Macht noch zum Willen, weder zum Lebensgut noch zum Interesse und dergl. Drittens ist diese Auffassung vom subjektiven Recht erwachsen auf dem Boden des Privatrechts und versagt im Bereiche des öffentlichen Rechts, wo sich nicht bestimmte Gruppen von Erlaubnis- und Befehls-Sätzen des Rechts, also auch keine Rechtsinstitute herausgebildet haben. Wenn man die übliche Auffassung teilt, dann paßt der Ausdruck „subjektives Recht" überhaupt nicht für das öffentliche objektive Recht. Ferner ist es wichtig, daß man nur von der hier vertretenen Anschauung aus zu einer klaren Definierung der einzelnen Rechte, z. B. des Eigentums, des Nießbrauchsrechtes, des Miet- und Pachtrechtes u. s. w., gelangen kann. Und zwar sind alle diese Rechte zu definieren als „Einzelbefugnisse" oder vielmehr als „Rechte", in dieser oder jener Weise zu handeln, z. B. mit einem Objekt

nach Belieben zu verfahren, die Nutzungen einer Sache zu ziehen (vgl. BGB. § 1030), von einem Anderen zu verlangen, daß jener den Gebrauch einer Sache während einer festgesetzten Zeit gewährt (vergl. BGB. § 535), oder von einem Anderen die Herstellung eines Werkes zu fordern (vgl. BGB. § 631) u. s. w. Natürlich müssen von diesen Definitionen alle die sonstigen Rechte und Pflichten fernbleiben, als deren Subjekt der mit dem definierten Recht Versehene sonst noch fungiert, und erst recht natürlich alle Rechte und Pflichten anderer Personen. In dieser Arbeit beschränke ich mich darauf, auf den Begriff des wichtigsten subjektiven Rechts, des Eigentums, näher einzugehen

b. Die Lehre von der Unmöglichkeit des Eigentums an Menschen und Rechten und von dem Ausschließungsrechte des Eigentümers.

Eigentum ist nach meinen Ausführungen das unbegrenzte Recht an einem Objekte. Diese Auffassung unterscheidet sich von der üblichen in erster Linie durch die Ausdehnung des Begriffes auf solche Objekte, die nicht Sachen sind. Auch hier darf wieder die Regelung dieses oder jenen positiven Rechts nicht herangezogen werden, um den Begriffen Schranken zu errichten. Wenn es auch im modernen Recht kein Eigentum an Menschen mehr gibt, so zeigen doch die schrankenlose „Gewalt" des Familienvaters, Leibeigenschaft, Sklaverei und Hörigkeit deutlich genug, daß der Begriff existiert, daß es ein Recht geben kann und gegeben hat, mit einem Menschen nach Belieben zu verfahren. Ebensowenig steht etwas der begrifflichen Möglichkeit eines Eigentums an Rechten entgegen. Ob aber in Wirklichkeit ein Eigentum an Rechten und anderen Nicht-Sachen existiert, das kann nur auf Grund des maßgebenden positiven Rechts entschieden werden. Die Anerkennung eines solchen Eigentums in der nationalökonomischen Literatur (vgl. z. B. Conrad I 19) ist höchst unmaßgeblich, wenn sie sich nicht auf die Interpretation des positiven Rechts stützt. Denn Eigentum ist eben ein subjektives Recht, ein Handeln-Dürfen, und seine Existenz beruht daher lediglich auf dem objektiven Recht. Wenn Roscher (156) wegen „der großen

Wandelbarkeit aller Staatsgesetze die äußerste Unsicherheit" als Folge einer solchen Auffassung des Eigentums befürchtet, so kann man dem nur entgegenhalten, daß alle Herrscher und Staaten aus Gerechtigkeitsgefühl und im Interesse der Erhaltung ihrer Macht es zu vermeiden suchen, wohlerworbene Rechte durch Aenderung des objektiven Rechts zu zerstören, daß sie es aber trotzdem in nicht seltenen Ausnahmefällen doch getan haben, tun und tun werden.

Die in der Jurisprudenz allgemein übliche Definition des Eigentums als „volle rechtliche Herrschaft über eine Sache" (vgl. z. B. Bernhöft 491, Planck III 162) ist ebenso zu verwerfen wie die allgemeine Ansicht daß „die dinglichen Rechte eine unmittelbare Herrschaft über eine Sache geben" (Bernhöft a. a. O.). Bei diesen Definitionen tritt die Verwechselung von Recht einerseits und Herrschaft, Gewalt, Macht andererseits, die Verwechselung von Dürfen und Können deutlich zu Tage. Der Eigentümer hat als solcher weder eine „tatsächliche", noch eine „rechtliche Herrschaft" (vgl. Planck III 164). Eigentum ist weder ein tatsächliches noch ein rechtliches Können, sondern ein Handeln-Dürfen und darum ein subjektives Recht.

Anstatt sich damit zu begnügen, zu sagen: „Der Eigentümer darf mit der Sache nach Belieben verfahren", fügt das Bürgerliche Gesetzbuch (§ 903) und ähnlich das Oesterreichische Bürgerliche Gesetzbuch (§ 354) noch hinzu: . . . „und Andere von jeder Einwirkung (auf die Sache) ausschließen". Ja, bisweilen wird dies letztere Element sogar als dasjenige angesehen, welches eigentlich den Begriff ausmacht (z. B. von Grueber 14). M. E. hätten die Gesetzgeber gut daran getan, den Zusatz fortzulassen. Denn worin soll das Ausschließungsrecht des Eigentümers bestehen? „Darin, daß ihm eine Klage auf Beseitigung der Beeinträchtigung und Unterlassung weiterer Störungen gegen den Störer zusteht" (Merkel Enz. 200). Diese Ansprüche auf Beseitigung und Unterlassung gegen den Störer sind ja aber in § 1004 besonders normiert und gehören ebensowenig wie der im § 985 normierte Anspruch in die Begriffsbestimmung des Eigentums.

c. Die Lehre von den begrifflichen Beschränkungen und der Elastizität des Eigentums.

Schließlich findet sich im § 903 BGB. noch der Zusatz: . . „soweit nicht das Gesetz oder Rechte Dritter entgegenstehen." Auch dieser Zusatz ist überflüssig (auch im Oesterr. BGB. § 354 fortgelassen) und falsch. Einen ähnlichen Zusatz könnte man nämlich jedem Rechte hinzufügen. Denn jedes Recht gilt nur, soweit es nicht irgendwie eingeschränkt wird. Wodurch aber wird ein Recht eingeschränkt? Nicht durch „Rechte Dritter", sondern lediglich durch konkurrierende Pflichten des Berechtigten. Wenn beispielsweise der Eigentümer seine Sache vermietet hat, so wird das Eigentum nicht durch die Ansprüche und sonstigen Rechte des Mieters, sondern durch die Verpflichtungen des Eigentümers aus dem Mietvertrage eingeschränkt: Während der Eigentümer bisher mit seiner Sache alle Handlungen vornehmen durfte, darf er jetzt nur noch solche Handlungen vornehmen, die seine Verpflichtungen als Vermieter nicht verletzen. — Etwas anderes als ein „Gesetz" (vgl. EG. BGB. Art. 2) oder wenigstens eine auf Gesetz beruhende Verpflichtung kann natürlich dem Rechte nicht entgegenstehen. Ein Unterschied läßt sich nur in dieser Weise machen: Die dem Rechte entgegenstehenden Pflichten können entweder solche Pflichten sein, welche das Gesetz dem Berechtigten als solchem auferlegt, oder solche Pflichten, welche das Gesetz ihm nicht in seiner Eigenschaft als Berechtigter auferlegt. Zu betonen ist, daß das Eigentum dies aber mit jedem Recht und jeder Pflicht gemein haben kann.

Ebenso pflegt man bezüglich der sogenannten „Elastizität" („Konsolidationslage" Planck III 163) dem Eigentum eine Sonderstellung einzuräumen, die ihm nicht gebührt. Genau ebenso wie das Eigentum gelangt jedes andere Recht durch Wegfall einer entgegenstehenden Verpflichtung zu erhöhter, durch Wegfall aller Verpflichtungen, welche das Recht einschränken, zu vollendeter Wirksamkeit. Und genau das Entsprechende gilt von der Elastizität der Pflichten.

§ 3. Personen als Objekte von Rechtssätzen.

I. Personen als Objekte von Rechtssätzen im allgemeinen.

Als Objekte von Rechtssätzen können nun auch solche Wesen fungieren, die das objektive Recht als Personen anerkennt, denen es Rechtspersönlichkeit verliehen hat. Das Objekt eines Rechtssatzes ist dann eine Person im juristischen Sinne, wenn es in einem anderen Rechtssatze Subjekt des erlaubten oder befohlenen Handelns ist. Auch das Recht, dessen Objekt eine Person ist, kann unbegrenzt sein und heißt dann Eigentum. Das unbegrenzte Recht des Hausvaters an den Familienangehörigen und des Herrn am Sklaven und Leibeigenen bieten dann Beispiele für das Eigentum an Personen, wenn die das Eigentum normierende Rechtsordnung den genannten Objekten Rechte zuerteilt oder Pflichten auferlegt, sie also zu Adressaten, zu Subjekten von Rechtssätzen macht.

II. Ansprüche (Forderungsrechte).

Die wichtigste Art der Rechte, bei denen das Objekt des Handelns eine Person im juristischen Sinne ist, ist das Forderungsrecht, der Anspruch. Dies ist das Recht, von einem Anderen irgend ein Handeln, also ein Tun oder Unterlassen, zu verlangen, zu fordern. Der Erlaubnissatz, der ein solches Verlangen gestattet, setzt sinngemäß einen Befehlssatz voraus, der dem „Anderen" das betreffende Handeln zur Pflicht macht; denn anderenfalls hätte die Erlaubnis keine Bedeutung. Der „Andere" ist also stets Subjekt, Adressat in dem mit dem Erlaubnissatze korrespondierenden Befehlssatze und daher Person im rechtlichen Sinne. Ein Anspruch wird nur gegenüber Jemandem normiert, dessen Rechtspersönlichkeit die Rechtsordnung anerkannt. Auf Grund der Forderungsrechte werden die Verpflichteten zur Erfüllung ihrer Rechtspflicht angehalten. Darin liegt der Wert der Anspruchsnormierung und darum werden die Ansprüche denen gegeben, die ein Interesse an der Erfüllung der Rechtspflicht haben. Den Anspruchs- oder Forderungs-Berechtigten kann man als „Gläubiger", die Person, welche das Objekt des Anspruchs bildet, kann man als „Schuldner" be-

zeichnen. Der Gläubiger ist zu einem Handeln berechtigt, der Schuldner zu einem Handeln verpflichtet.

III. Literatur und Gesetzgebung.

a. Die Lehre von der Relativität der Forderungsrechte.

Eins der wesentlichsten grundlegenden Dogmen der heutigen Rechtswissenschaft ist das Dogma von der „persönlichen" oder „relativen" Natur der Forderungsrechte oder auch der Ansprüche gegenüber der „absoluten" Natur anderer Rechte, z. B. der „dinglichen" Rechte. M. E. wird man, wenn man erkennen wird, daß das subjektive Recht nichts weiter als ein Handeln-Dürfen ist, auch dieses Dogma fallen lassen. Gewiß haben die Forderungsrechte oder — was nach meiner Ansicht dasselbe ist — die Ansprüche eine Richtung gegen bestimmte Personen, aber nicht anders als alle übrigen Rechte, deren Objekte Personen sind. Alle diese Rechte „lassen sich in concreto nicht charakterisieren, ohne daß auf" — wenn auch nicht „den Verpflichteten", so doch — eine bestimmte Person oder mehrere bestimmte Personen „hingewiesen würde" (vgl. Merkel Enz. 79). Dagegen haben alle anderen Rechte überhaupt keine Richtung gegen Personen, weder gegen einzelne, noch gegen alle Personen: „Rechte gegenüber jedermann" (vgl. z. B. Sohm 52) kenne ich nicht. Diese verfehlte Ansicht folgt eben aus der bereits im ersten Paragraphen zurückgewiesenen Anschauung, daß jedem Rechte begriffsnotwendig eine Pflicht gegenüberstehen müsse. So sollen die „absoluten" Rechte „allen eine Beschränkung oder Verpflichtung auferlegen"; und zwar soll „die Verpflichtung darin bestehen, das absolute Recht nicht zu verletzen" (Planck I 52). Wie überhaupt ein Recht eine Verpflichtung soll auferlegen können, ist mir unklar; warum soll ferner nicht auch Jeder die Verpflichtung haben, „relative" Rechte nicht zu beeinträchtigen? Da meint man nun, den Unterschied an der Möglichkeit der Verletzung der Rechte klar legen zu können: „Das relative Recht kann in der Regel (— nach Planck III 9: ausnahmslos —) nur von dem Verpflichteten verletzt werden; eine Verletzung des absoluten Rechtes ist jedem möglich" (Enneccerus I 173). Was heißt denn aber „Verletzung" des subjektiven Rechts? Versteht

man hierunter die Beeinträchtigung des Wertes des Rechts für den Berechtigten, dann wird durch Einwirkung auf den Schuldner oder den Schuldgegenstand das Forderungsrecht genau so von Dritten verletzt, wie das Eigentum an einer Sache durch Einwirkung auf die Sache. Versteht man aber darunter die rechtliche Abänderung oder Vernichtung des Rechts, so kann auch (durch Ausübung einer rechtlichen Macht) das Forderungsrecht ebenso viel und ebenso wenig von Dritten verletzt werden wie das Eigentum. Die gewöhnliche Vernichtung des Forderungsrechtes durch den Schuldner geschieht durch Erfüllung der ihm obliegenden Rechtspflicht und dies ist doch sicherlich nicht mit der „Verletzung" gemeint. Was man und was z. B. Enneccerus irrtümlicherweise als Verletzung des Forderungsrechtes durch den Verpflichteten ansieht, das ist Nicht-Erfüllung der Rechtspflicht, und dieser kann sich natürlich nur der Verpflichtete, der Schuldner, schuldig machen. Das ist aber keine Verletzung eines subjektiven Rechts, sondern bedeutet im Gegenteil meistens Aufrechterhaltung des Forderungsrechtes! Schließlich mag noch darauf hingewiesen werden, daß „Rechtsverletzung" im Sinne von „Verletzung des objektiven Rechts" immer nur den Ungehorsam gegen einen Befehlssatz, also Nichterfüllung einer Rechtspflicht und nicht Verletzung eines subjektiven Rechts bedeuten kann; denn einem Erlaubnis-Satze kann niemand zuwiderhandeln. Es ist irrtümlich, in dieser Rechtsverletzung, die man auch als „Rechtswidrigkeit" oder „Unrecht" bezeichnen kann, die Verletzung subjektiver Rechte zu sehen.

Ich verkenne nicht, daß das Recht, von einem Anderen ein Tun oder Unterlassen zu verlangen, wesentlich verschieden ist von anderen Rechten, beispielsweise dem Rechte, eine Sache zu gebrauchen, eine Erfindung zu verwerten, ein Parlament zu eröffnen u. s. w. und daß dieser Unterschied wegen der Wichtigkeit der Ansprüche geeignet ist, eine grundlegende Scheidung der Rechte zu begründen. Aber ich muß bestreiten, daß die communis opinio doctorum diesen Unterschied richtig erfaßt mit ihrer Scheidung in „relative" und „absolute Rechte". Der ganze Wesensunterschied beruht vielmehr nur in dem Handeln, welches vom objektiven Recht

erlaubt wird. Der Anspruchs-, Forderungs-Berechtigte darf etwas verlangen, fordern, Jemanden um ein Tun oder Unterlassen ansprechen, und der mit einem anderen Recht Versehene — darf irgend etwas anderes tun oder unterlassen; das ist alles!

b. Die Lehre von den Ansprüchen auf Grund von Rechten.

„Jedes subjektive Recht hat eine Beziehung auf Dritte, von welchen ein bestimmtes Handeln, Dulden oder Unterlassen gefordert wird. Dies ist der im subjektiven Recht enthaltene „Anspruch." Diese Ansicht Merkel's (Enz. § 163) und vieler anderer und im Anschluß daran die ganze Lehre von den Ansprüchen, die den subjektiven Rechten entspringen, fällt mit der Erkenntnis, daß der Anspruch auch nichts anderes ist als ein regelrechtes subjektives Recht. Und als „Recht" wird er ja auch vom Bürgerlichen Gesetzbuch bezeichnet (§ 193). Er ist weder ein Teil der subjektiven Rechte, noch ihr ständiges Begleitrecht. Wozu würde man denn die den Grund der dinglichen Klagen abgebenden Ansprüche (§ § 985, 1004 BGB.) besonders normieren, wenn mit jedem dinglichen Recht die Rechtspflicht der Anderen als selbstverständlich einherginge, das dingliche Recht nicht zu stören, und dementsprechend jedes dingliche Recht von Ansprüchen bereits begrifflich begleitet wäre, die sich auf Nicht-Störung des Rechts richten? Gerade die Regelung der „Ansprüche aus dem Eigentum" (§ § 985 ff. BGB.) sollte zeigen, daß ein allgemeiner mit begrifflicher Notwendigkeit das subjektive dingliche Recht begleitender Anspruch nicht existiert: Die „Ansprüche aus dem Eigentum" sind weiter nichts als die dem Eigentümer als solchem oder auch gegen den Eigentümer als solchen zustehenden Forderungsrechte, die Rechte des Eigentümers, etwas von Anderen zu verlangen, und auch die Rechte Anderer, etwas vom Eigentümer zu verlangen.

c. Die Lehre von der begrifflichen Scheidung von Ansprüchen und Forderungsrechten.

Die Lehre von den Ansprüchen auf Grund von subjektiven Rechten hat m. E. bereits Schiffbruch gelitten bei dem

Versuche, Ansprüche zu konstruieren, die „Forderungsrechten", „obligatorischen Rechten" entspringen. Hier ergibt sich nämlich die Schwierigkeit, den Anspruch überhaupt begrifflich von dem subjektiven Recht, auf dem er beruhen soll, zu scheiden: Welcher Unterschied sollte beispielsweise zwischen der Definition des Anspruchs in § 194 und der des Forderungsrechtes in § 241 des Bürgerlichen Gesetzbuches bestehen? So sind bereits einige (wie z. B. Enneccerus I 153) dazu übergegangen, die Forderungsrechte als eine besondere Art von Ansprüchen, nämlich als „selbstständige" Ansprüche anzusehen. Aber müßte Enneccerus nicht in Konsequenz seiner Scheidung von „subjektivem Recht" und „Einzelbefugnis" den unselbstständigen Ansprüchen den Charakter von subjektiven Rechten überhaupt absprechen? — Ich sehe überhaupt keinen Wesensunterschied zwischen Ansprüchen und Forderungsrechten. Das Forderungsrecht kann nur dasselbe sein wie der Anspruch, nämlich das Recht, von einer Person ein Handeln, also ein Tun oder Unterlassen, zu verlangen. Es handelt sich keineswegs um ein „Recht, daß ein bestimmter anderer handele" (Sohm 34); denn ein solches Recht gibt es nicht. Vielmehr ist jedes Recht ein „Recht, daß man selber handele" und so der Anspruch, das Forderungsrecht, ein Recht zu verlangen, zu fordern.

Man sieht: Alle die unklaren Anschauungen über Ansprüche und Forderungsrechte beruhen im letzten Grunde auf der falschen Auffassung des subjektiven Rechts. Man kann natürlich nicht erkennen, daß das Recht des Mieters weiter nichts ist, als ein Anspruch, ein Recht, etwas zu verlangen, wenn man glaubt, daß das Mietrecht alle Rechte („Einzelbefugnisse") und Pflichten des Mieters und womöglich auch alle Rechte und Pflichten des Vermieters als solchen zum Inhalt habe. Erst wenn man in dem subjektiven Recht und infolgedessen auch in dem Forderungsrecht ein Handeln-Dürfen sehen wird, wird man auch die angegriffenen Dogmen der Anspruchslehre über Bord werfen und damit der Gesetzgebung und Interpretation in gleicher Weise einen großen Dienst erweisen.

Kapitel 3.

Rechte und Pflichten, eingeteilt nach der Beziehung der Subjekte und Objekte der Rechtssätze zum Staat.

§ 1. Die Begriffe „öffentlich" und „privat".

I. Die Begriffe „öffentlich" und „privat" im gewöhnlichen Sinne (Beziehung zum Publikum).

Im gewöhnlichen Sinne bedeutet „öffentlich" soviel wie: allen offenstehend, allen zugänglich, allgemein. Den Gegensatz hierzu bildet dasjenige, was für den Interessen- und Machtbereich eines Einzelnen abgesondert ist. Die Benennung dieses Begriffes mit dem Ausdruck „privat" stammt aus der römischen Sprache (privare-absondern). Dort wird der den Gegensatz bildende Begriff mit dem Ausdruck „publicus" (-poplicus, den populus d. h. die *πολλοί*, die Vielheit von Menschen betreffend) gekennzeichnet. Das „Publikum ist die unbegrenzte Vielheit, die Oeffentlichkeit; „öffentlich" in dem Sinne, den ich hier im Gegensatz zu dem für die juristische Begriffsentwickelung verwerteten Sinne den „gewöhnlichen" nenne, bezeichnet die Beziehung zum Publikum, zur Oeffentlichkeit, zur unbegrenzten Vielheit von Menschen.

II. Die Begriffe „öffentlich" und „privat" im juristischen Sinne (Beziehung zum Staat).

Die Ausdrücke „öffentlich" und „privat" werden noch in einem anderen Sinne gebraucht, der geeignet ist, zur Entwickelung von juristischen Grundbegriffen verwendet zu werden und deshalb der „juristische" genannt werden mag. Man

wendet nämlich den Ausdruck „öffentlich" auch zur Bezeichnung der Beziehung zu einer gewissen begrenzten Vielheit von Menschen, dem „Staate", an und entsprechend den Ausdruck „privat" zur Bezeichnung des Gegenteils.

Der „Staat" ist eine Vielheit von Menschen, die als handelnd betrachtet wird, personifiziert wird (vgl. oben Kap. 2 § 1 I). Als Person (im gewöhnlichen Sinne) kann er handeln, hat er tatsächliche Macht. Und diese seine tatsächliche Macht, Gewalt, Herrschaft bildet ein weiteres Element seines Begriffes ebenso wie den des „Herrschers":

„Herrscher" sind nämlich diejenigen Menschen, „Staaten" diejenigen als handelnd betrachtete (personifizierte) Vielheiten von Menschen, welche über eine größere Anzahl von Menschen die größte tatsächliche Macht haben. (Die Anschauung, daß der Staat eine Vielheit von Menschen ist, ist üblich, aber nicht notwendig; es genügt auch zu sagen, daß er im Gegensatz zum Herrscher nicht ein Mensch, sondern eine Personifikation ist).

Die Begriffe „Herrscher" und „Staat" sind also in Parallele zu stellen mit dem Begriff des „Besitzers". Hier handelt es sich um die größte tatsächliche Macht über Menschen, dort (vgl. oben Kapitel 1 § 2 I) um die größte tatsächliche Macht über Sachen. Stellt Jemand seine tatsächliche Macht in den Dienst eines Anderen, übt er sie nur für den Anderen aus, so ist er höchstens nur „Besitzdiener", Werkzeug des Herrschers, Organ des Staates. Läßt sich nicht entscheiden, wer von mehreren die größte tatsächliche Macht hat, so liegt Mitbesitz, doppelte Herrscher- oder Staatsgewalt vor.

Beide, Herrscher und Staat, sind Personen im gewöhnlichen Sinne. Denn anderenfalls könnten sie nicht handeln, hätten sie keine tatsächliche Macht. Eine andere Frage ist es, ob sie nach diesem oder jenem objektiven Recht auch handeln „dürfen" oder „sollen", ob sie Träger von Rechten und Pflichten (im juristischen Sinne), ob sie m. a. W. Personen im juristischen Sinne sind. Sie können es sein und zwar ist der Herrscher dann „physische" („natürliche") Person, der Staat „juristische" Person; aber — begrifflich sind sie

es nicht, es hängt vielmehr ganz ab von dem in Frage kommenden objektiven Recht.

Der Staat als Personifikation hat „Organe", durch die er handelt; der Staat als Vielheit von Menschen hat „Glieder"; das sind die Menschen, die zu der Vielheit gehören. Die Organe können entweder Menschen oder auch ihrerseits wieder Personifikationen sein und haben im letzteren Falle auch ihrerseits Organe und, wenn sie Vielheiten von Menschen darstellen, Glieder. So ergibt sich eine unmittelbare und eine mittelbare Beziehung von Personen (im gewöhnlichen Sinne) zum Staat. Infolgedessen gebührt das Prädikat „öffentlich" (im juristischen Sinne) allen Personen in ihrer Eigenschaft als Staat, Staatsglied, Staatsorgan, Glied oder Organ von Staatsorganen. Die Personen ohne Kennzeichnung ihrer Beziehung zum Staat sind „Privatpersonen".

III. Literatur und Gesetzgebung.

a. Die Lehre vom Staatsbegriff als Rechtsbegriff.

War es schon nicht möglich, auf die zahlreichen Ansichten über den Begriff der juristischen Person einzugehen, so ist es natürlich noch unmöglicher, im Rahmen dieser Arbeit die hier vorgetragene Anschauung von dem Staatsbegriff gegenüber den zahllosen Ansichten der Literatur zu verteidigen. Ich muß mich daher auch hier darauf beschränken, auf die wesentlichsten Unterschiede meiner Auffassung von den bekanntesten Theorien (vgl. Anschütz 454 ff.) hinzuweisen.

Auch in den Staatstheorien — und das ist der wesentlichste Punkt, auf den ich aufmerksam machen möchte — grassiert der Irrtum der Gleichstellung der Begriffe „Recht" und „Macht". Man erkennt das Wesen der Herrscher- oder Staatsgewalt richtig als Macht und kommt dann auf Grund jener unseligen Identifizierung zu dem Resultate, daß der Staat ein „Rechtsobjekt" des Herrschers sei (Objekttheorie). Noch krasser tritt dies in der Seydel'schen Herrschertheorie hervor, wenn jener sagt: „Ich bezeichne Land und Leute, insofern dieselben einem Herrscherwillen unterworfen sind, als Staat, ähnlich wie man im bürgerlichen Rechte eine Sache Eigentum nennt, wenn sie einen Herrn hat" (Annalen 1898, 324). Auch was mich von der herrschenden „Per-

sönlichkeitstheorie" trennt, ist meine Scheidung von Recht und Macht. Der Staat ist begrifflich zwar eine Person im gewöhnlichen Sinne, aber nicht eine „juristische Person" (Merkel 141), eine „Korporation", nicht „das Volk in der rechtlichen(!) Einheit eines mit Persönlichkeit begabten Gemeinwesens" (Anschütz 457). Denn die Rechtspersönlichkeit bekommt er erst vom objektiven Recht. Denkbar ist es, daß das objektive Recht selbst dem Staate gar keine Rechtspersönlichkeit zuerkennt, ebenso wie der Herrscher über dem Rechte stehen kann, also keine Person im juristischen Sinne zu sein braucht: princeps legibus solutus! Und trotzdem auch wenn dies der Fall ist, haben Herrscher und Staaten ihre begriffliche Existenz, weil sie diese eben nicht dem Rechte, sondern der tatsächlichen Macht verdanken. Weder Herrscher noch Staaten sind „Gebilde des Rechts" (Grueber 45). Der Staat ist auch nicht „eine Gesellschaft von Menschen, welche untereinander verbunden sind durch gemeinsame Normen, die für alle als verpflichtend anerkannt sind" (Arndts 12). Häufig genug leben außerdem die Angehörigen eines Staates garnicht nach demselben Recht. Man kann auch nicht den Unterschied zwischen Staat und Kommunalverband mit Laband (296) darin sehen, daß der Staat „kraft eigenen, nicht abgeleiteten Rechtes die Macht hat." Denn die Macht hat der Staat ebensowenig kraft irgend eines Rechts, wie der Besitzer seine Macht dem Recht verdankt. Und so ließe sich die Aufzählung fortsetzen: Ueberall und überall trifft man auf die Verwechselung der Begriffe Recht und Macht.

Interessant ist auch zu beobachten, wie sich diese Verwechselung rächt durch die Folgen, die sie zeitigt. Sie trägt zum Beispiel die Schuld an dem allgemeinen Kopfzerbrechen, das die Entstehungsfrage, insbesondere die Frage nach der Entstehung des deutschen Reiches in der Wissenschaft verursacht hat. Es ist kein Wunder, daß man vergeblich nach rechtlichen Bestimmungen gesucht hat, auf die die Entstehung des deutschen Reiches zurückzuführen sei. Man hat es mit dem Völkerrecht, mit den Rechten der Einzelstaaten und mit dem Rechte des neuen Staates, des Reiches, versucht; natürlich alles mit negativem Erfolg. Denn die Existenz des deutschen Reiches beruht eben ebensowenig wie die anderer

Staaten auf irgend welchem objektiven Recht, sondern allein darauf, daß die Einzelstaaten ihre Staatsgewalt, d. h. ihre größte tatsächliche Macht über Menschen, auf eine neue Personifikation übertrugen — und zwar nicht völlig, denn dann hätten sie aufgehört, „Staaten" zu sein, sondern teilweise, so daß eine zweifache Staatsgewalt entstanden ist. Die Verfassung des deutschen Reiches ist das Grundgesetz, das erste Gesetz des neu entstandenen Staates, dessen Existenz sie voraussetzt, nicht begründet.

Ich betone also, daß der Staatsbegriff ebensowenig wie der Begriff des Herrschers oder des Besitzers ein Begriff des objektiven Rechts ist. (Das hindert natürlich nicht, daß der Gesetzgeber die Ausdrücke „Staat", „Herrscher", „Besitzer" und dergl. auch im objektiven Recht verwendet und darunter versteht, was ihm beliebt).

b. Die Lehre vom Staat als Macht.

Man halte mir nicht vor, daß ich Anhänger der sog. „Machttheorie" sei, sofern man diese wenigstens dahin versteht, daß der Staat selbst eine tatsächliche Macht sein soll (vgl. Anschütz 454). Der Staat „ist" nicht eine tatsächliche Macht, sondern er „hat" eine tatsächliche Macht, Gewalt, eine tatsächliche Herrschaft über einen größeren Kreis von Menschen. Vom Herrscher gilt dasselbe. Beide haben begrifflich tatsächliche Macht. Ob sie auch rechtliche Macht haben, also Rechtshandlungen vornehmen können, und ob sie auch Rechte oder Pflichten im juristischen Sinne haben, das hängt ab vom objektiven Recht. Auch hier — bei der Erörterung des Wesens der Staatsgewalt — ist es nichts anderes als Verwechselung von Recht und Macht, von Dürfen und Können, wenn beispielsweise Anschütz (464) behauptet: „Gewalt hat, wer die Freiheit von Menschen durch Befehl und Zwang beschränken darf." Gewalt ist kein Dürfen, sondern ein Können und „Herrschaft geht" nicht „ausschließlich vom Staate aus", ebensowenig wie „Befehl und Zwang", wie Anschütz (465) behauptet, aber die oberste Gewalt, die höchste Herrschaft, die größte Macht ist die Herrscher- oder Staatsgewalt.

c. Die Lehre von der Identität des Herrscher- und Staats-Begriffs.

Bezüglich des Verhältnisses der Begriffe „Herrscher" und „Staat" zu einander ist der wesentlichste Unterschied meiner Auffassung von den herrschenden Ansichten der, daß man in der Regel auch dort schon Staatswesen zu erblicken glaubt, wo ich nur Herrscher fungieren sehe, und daß man, um nicht auch für die Völker niedrigster Kulturstufe den Begriff des „Staates" verwenden zu müssen, die Seßhaftigkeit des beherrschten Volkes als wesentliches Element des Staatsbegriffes hinstellt. Von meinem Standpunkt aus kann man erst dort von einer Staatsgewalt reden, wo die die oberste Gewalt in Händen haltenden Faktoren, die Fürsten, Feldherren, Soldaten und dergl. ihre Kräfte in den Dienst der Gesamtheit, des Staates, gleichviel in welcher Form sie sich diese Personifikation vorstellen, mit Bewußtsein stellen und daher ihre Macht auf jene Personifikation übertragen. Ein solches Bewußtsein setzt aber eine fortgeschrittene Kultur voraus. Darin liegt die Wahrheit des Wortes Ludwig's XIV.: „L'état c'est moi" und gleichzeitig des Ausspruchs Friedrichs des Großen: „Der Fürst ist der erste Diener seines Staates." Solange ein „Herrscher" existiert, d. h. die größte tatsächliche Macht in Händen eines Menschen ruht und dieser sie nicht als Organ einer Personifikation ausübt, besteht kein Staat. Sobald dagegen der Herrscher seine Macht in den Dienst der Personifikation stellt, hört er auf, „Herrscher" zu sein und an die Stelle der Herrschergewalt tritt die Staatsgewalt. Die staatsrechtliche Lehre, daß Herrscher und Staat identisch seien, wie sie insbesondere von Bornhak (13) vertreten wird, erkenne ich nicht an: Entweder hat ein Mensch, also ein Herrscher, oder eine Personifikation, also ein Staat, die größte tatsächliche Macht. Aber — ob das erstere oder das zweite der Fall ist, kann im Einzelfall sehr schwer zu entscheiden sein. Genügt doch auch der bloße Entschluß des Besitzdieners, die Macht fortan für sich selbst auszuüben, um die höchste tatsächliche Macht des Besitzers aufzuheben und aus dem Besitzdiener einen Besitzer zu machen.

§ 2. Oeffentliche und private Rechtssätze.

I. Das staatliche und das nicht-staatliche objektive Recht.

Die Staaten und Herrscher sind dazu prädestiniert, objektives Recht zu setzen, d. h. festzustellen, welches Verhalten dem menschlichen Zusammenleben dienlich ist und wie daher die Rechtssätze lauten, die das Verhalten der Personen ihres Machtbereiches regeln. Und zwar sind sie hierzu prädestiniert um deswillen, weil wegen ihrer größten tatsächlichen Macht das von ihnen statuierte Recht am ehesten Anerkennung findet. Aber sie sind nicht die einzigen Faktoren, die objektives Recht festsetzen können. Jeder Mensch und jede Personifikation, insbesondere jede personifizierte Vielheit von Menschen kann Rechtsnormen aufstellen; aber die Anerkennung, die diese Normen finden, steht im Verhältnis zu dem Ansehen, das die statuierenden Personen genießen, und da das Ansehen in der Regel im Verhältnis zur tatsächlichen Macht steht, so ist die oberste Norm diejenige des Herrschers oder Staates und die Wirkung der von Anderen aufgestellten Normen ist geringer, es sei denn, daß der Staat oder der Herrscher sie zu den seinigen macht. Ein wichtiges Beispiel für objektives Recht, das nicht vom Staate aufgestellt ist, bietet zunächst das Kirchenrecht. Ebenso kann jede Gemeinde, jeder Verein, jede Gesellschaft, jede Versammlung u. s. w. in Satzungen, Statuten, Ordnungen, Regulativen und dergl. Rechtssätze aufstellen, objektives nicht-staatliches Recht setzen.

Auch die Normen, die sich im Verkehr der Herrscher und Staaten untereinander herausbilden, von irgendwelchen Staatsorganen oder auch Staatsrechtslehrern aufgestellt werden, die Normen des Völkerrechts, sind zwar Rechtssätze objektiven, aber nicht-staatlichen Rechts. Denn sie gehören nicht zum objektiven Recht irgend eines Staates. Auch sie können sich nur schwer Anerkennung verschaffen, weil sie nicht von Jemandem statuiert werden, der die Macht über die Staaten und Herrscher hat. Erst mit der Errichtung einer Weltherrschaft wird es keine Kriege mehr geben, sondern nur noch rechtswidrige Handlungen, kein Militär mehr, sondern nur noch Polizei; aber mit dieser Errichtung eines Welt-Staates wird auch das Völkerrecht ersetzt durch ein staat-

liches Recht. Die gemeinsame militärische Abrüstung der Großmächte dürfte wohl der denkbar ungeeignetste Schritt sein, die Entstehung einer Weltherrschaft und damit eines Weltrechts und eines Weltfriedens zu fördern.

Aber selbst die von den Organen eines einzelnen Staates aufgestellten Rechtsnormen sind nicht alle Rechtssätze der staatlichen Rechtsordnung. Vielmehr ist hierzu nötig, daß die Staatsorgane mit der „gesetzgebenden" Kompetenz ausgerüstet sind, d. h. der Kompetenz, der Fähigkeit, staatliches Recht zu normieren. Nur die von bestimmten Staatsorganen und auch anderen Personen (Autonomie) aufgestellten Rechtsnormen werden vom Staat als solche anerkannt. Auch die Staatsorgane, die diese Kompetenz nicht haben, können, wie jeder Privatmann es auch kann, Rechtssätze aufstellen. Aber diese Rechtssätze gehören dann nicht dem staatlichen Recht an und sind unfähig, staatliches Recht abzuändern. Diese Rechtssatzungen von Staatsorganen kann man als „Verwaltungsverordnungen" den Gesetzen und Rechtsverordnungen gegenüberstellen; sie enthalten im Gegensatz zu jenen nicht-staatliches Recht.

II. Das öffentliche und private objektive Recht.

Das staatliche Recht kann man nun weiter einteilen in das „öffentliche Recht" und das „Privatrecht", wobei die Ausdrücke „öffentlich" und „privat" im juristischen Sinne gebraucht sind. Unter öffentlichem Recht ist also das auf den Staat bezügliche, unter Privatrecht das sonstige staatliche Recht zu verstehen. Dementsprechend zerfallen die das objektive staatliche Recht bildenden Erlaubnis- und Befehls-Sätze in öffentliche und private Rechtssätze. Die öffentlichen Rechtssätze sind daran kenntlich, daß in ihnen das Subjekt oder das Objekt des Handelns als Staat, Staatsglied, Staatsorgan oder als Glied oder Organ von Staatsorganen gekennzeichnet ist. Private Rechtssätze sind dagegen die Rechtssätze des staatlichen Rechts, in denen Subjekt und Objekt ohne Beziehung zu Staaten kenntlich gemacht sind. Der öffentliche Charakter eines Rechtssatzes zeigt sich also lediglich in der Beziehung des Subjekts oder Objekts zum Staate. Im übrigen stimmen die öffentlichen und privaten Rechts-

sätze völlig miteinander überein. Beide Arten von Rechtssätzen können z. B. einem Wesen die Rechtspersönlichkeit zuerkennen, indem sie es zu ihrem Subjekt, zu ihrem Adressaten machen. Beide können also auch „juristische Personen" ins Leben rufen, beide können personifizieren. Beide zerfallen vor allem in Erlaubnis- und Befehls-Sätze.

II. Literatur und Gesetzgebung.

a. Die Lehre von der Priorität des Staates vor dem Rechte.

Ebenso verfehlt wie die Anschauung, daß der Staat ein Produkt des objektiven Rechts sei, ist die weit verbreitete Ansicht, daß objektives Recht nur von einem Staate geschaffen würde oder doch wenigstens immer einem Staate seine „praktische Geltung verdanke" (so beispielsweise Gareis 38). Diese Anschauung beruht auf der Verkennung der Tatsache, daß neben dem staatlichen auch nicht-staatliches Recht existiert. Ebensowenig wie das Dasein eines objektiven Rechts die Voraussetzung der Entstehung und Existenz von Staaten bildet, ist das Dasein eines Staatswesens Vorbedingung für die Bildung objektiven Rechts. Von meinem Standpunkt aus ist die viel erörterte Frage, ob Recht oder Staat früher entstanden sei, dahin zu beantworten: Objektives Recht gab es schon lange, bevor Staaten existierten, vor allem das Herrscherrecht. Die Wahrheit des Satzes: suprema lex regis voluntas verschwindet erst mit der Wandelung des Herrschers in ein Staatsorgan. Alsdann bildet der vom Staate anerkannte Rechtssatz das höchste Gesetz. Das staatliche objektive Recht hat natürlich das Dasein eines Staates zur Voraussetzung. Die subjektiven Rechte des staatlichen Rechts werden — was Dernburg (I 104) und andere nicht erkennen — vom Staate geschaffen, weil das objektive Recht, auf denen sie beruhen, vom Staat ins Leben gerufen wird. Hieraus ergibt sich auch meine Stellung zur nationalökonomischen Legaltheorie: das Eigentumsrecht ist nicht aus Zweckmäßigkeitsgründen durch die Staatsgewalt geschaffen. Denn Eigentumsrechte kann jedes andere objektive Recht auch zuerkennen. Aber dort, wo die höchste tatsächliche Macht in Händen eines Staates liegt, ist das staatliche

Recht maßgebend für die Gestaltung der Eigentumsverhältnisse (vgl. oben Kap. 2 § 2 III b).

Merkel (Elem. 578) hält es „weder für richtig, den Staat als dem Rechte, noch das Recht als dem Staate vorausgehend zu denken." „Recht und Staat sind" — nach ihm — „gemeinsam entstanden und haben sich gemeinsam fortgebildet." Auch dieser Ansicht kann ich mich nicht anschließen. Sie beruht in erster Linie darauf, daß Merkel bereits in „dem Verhältnis von Herrschenden und Gehorchenden bei einem Volke" den „Kernpunkt staatlicher Organisation" sieht, während ich darin höchstens eine Herrscher-, nicht aber eine Staatsgewalt zu erblicken vermag.

b. Die Lehre von der Selbstverpflichtung des Staates und der mangelnden Rechtsnatur der Verwaltungsverordnungen.

Auch Jellinek scheint mir das Verhältnis von Staat und Recht nicht richtig zu erkennen. Zwar ist es richtig, daß die Staatsorgane, wenn sie Rechtssätze aufstellen, sich auch selbst zu Adressaten dieser Normen machen können. Insofern also ist seine Lehre von der „Selbstverpflichtung des Staates" (195) berechtigt. Nur muß man dies nicht so ansehen, als wenn der Staat sich selbst hierbei etwas erlaubt oder befiehlt. Das wäre widersinnig: Die Erlaubnisse und Befehle des staatlichen Rechts sind keineswegs „in legaler Form einseitig abgegebene Willenserklärungen des Staates" (Jellinek a. a. O.) Aber durch die „Willenserklärungen" des Rechts kann auch der Staat berechtigt und verpflichtet werden, wenn er nämlich zum Subjekt von Rechtssätzen gemacht wird.

Wie schlechthin Jeder, kann auch jedes Staatsorgan Rechtssätze aufstellen; aber nicht jedes Staatsorgan kann damit „staatliches Recht" erzeugen. Darin liegt die Lösung des Problems der „Verwaltungsverordnungen". Diese Verordnungen aller staatlichen Verwaltungsorganen, denen nicht die „gesetzgebende", d. h. die staatliches Recht schaffende Funktion zukommt, sind zwar auch Rechtssatzungen, müssen aber, da sie nichtstaatliches Recht enthalten, hinter dem staatlichen Rechte zurückstehen. Daß die Verwaltungsnormen, die Ver-

waltungsverordnungen, keine Rechtsnormen seien, wie vielfach behauptet wird, etwa weil sie „keinen Eingriff in Freiheit und Eigentum" enthielten (Anschütz 605), vermag ich nicht anzuerkennen. Aber diese Rechtssätze gehören weder dem öffentlichen noch dem Privat-Recht an, weil sie eben nicht Normen staatlichen Rechts sind.

c. Die Lehre von der Einteilung allen objektiven Rechts in öffentliches Recht und Privatrecht.

Bezüglich der Begriffe des öffentlichen Rechts und des Privatrechts im objektiven Sinne lege ich Wert darauf zu betonen, daß man nicht — wie es meistens zu geschehen pflegt — von vornherein alles objektive Recht in öffentliches und privates teilen kann. Daß diese Scheidung nur für das staatliche Recht, also für das vom Staate als solches anerkannte Recht, in Frage kommt, ist dagegen beispielsweise von Bernhöft (371) und Grueber (39) richtig erkannt. Es ist darum vor allem verfehlt, das Kirchenrecht und das Völkerrecht unter den Begriff des öffentlichen Rechts bringen zu wollen. Aber es ist weiterhin auch verkehrt, das Strafrecht als ein Teil des öffentlichen Rechts anzusehen. Beruht die zuerst gerügte Systematik auf der Verkennung von staatlichem und nicht-staatlichem Recht, so beruht die zweite auf der Nichtachtung des Unterschiedes von Rechtssätzen und grammatischen Sätzen des Rechts (vgl. oben Kap. 1 § 3 II).

Beim Versuch der begrifflichen Scheidung des öffentlichen Rechts vom Privatrecht lehnt sich die herrschende Ansicht noch immer an die bekannte Digesten-Stelle (I, 1 § 2) an: „Publicum jus est quod ad statum rei Romanae spectat, privatum quod ad singulorum utilitatem". Am üblichsten ist daher noch immer die Scheidung des objektiven Rechts in öffentliches Recht und Privatrecht danach, ob das Interesse der Gesamtheit, der gemeine Nutzen, oder das Interesse des einzelnen Individuums, der Eigennutzen, überwiegt (vgl. z. B. Dernburg I 122, Merkel Enz. 41, Gareis 139, Grueber 30 u. s. w.). Bezeichnend ist, daß man sich allgemein beeilt, die praktische Undurchführbarkeit dieser Scheidung zuzugeben. Außerdem ist an diesen Ansichten die Vermischung der Begriffe „öffentlich und „privat" im gewöhnlichen Sinne

mit denselben Begriffen im juristischen Sinne charakteristisch.

Dieser Fehler wird vermieden von der weitverbreiteten Definition des öffentlichen Rechts als des „Rechts, welches die staatliche Organisation und die Beziehungen des Staates zu seinen Mitgliedern regelt" (vgl. Jellinek 9). Doch ist daran auszusetzen, daß sie zu eng ist, da vom öffentlichen Recht auch Personen betroffen werden, die weder Staaten noch Staatsglieder oder Staatsorgane sind, und daß sie zu weit ist, da die Beziehungen des Staats als Privatperson zu seinen Mitgliedern als Privatpersonen vom Privatrecht geregelt werden. Für die richtigste Auffassung halte ich daher diejenige der Motive zum bürgerlichen Gesetzbuch (I, 1): „Das bürgerliche Recht läßt sich im allgemeinen bezeichnen als den Inbegriff derjenigen Normen, welche die den Privatpersonen zukommende rechtliche Stellung und die Verhältnisse, in welchen die Personen als Privatpersonen untereinander stehen, zu regeln bestimmt sind." Leider läßt diese Definition unklar, woran man die Normen erkennt, die die Personen als Privatpersonen betreffen.

Die zahlreichen Definitionen des öffentlichen Rechts (vgl. die Aufzählung bei Halbey 130 ff.) und des Privatrechts von meinem Standpunkt aus einer eingehenden Kritik zu unterwerfen, ist im Rahmen dieser Arbeit nicht möglich. Daß man das Privatrecht nicht mit Sohm (1) als die „Ordnung des Eigentums und der Familienverhältnisse" definieren kann, davon zum Beispiel sollte man sich durch einen Blick auf die Wichtigkeit der Steuergesetzgebung für das „wirtschaftliche Dasein jedes Einzelnen" überzeugen.

§ 3. Oeffentliche und private Rechte und Pflichten.

I. Die unterscheidenden Merkmale der öffentlichen und privaten Rechte und Pflichten.

Oeffentliche Rechte und Pflichten sind die auf öffentlichen Rechtssätzen beruhenden Rechte und Pflichten, private Rechte und Pflichten die auf Privatrechtssätzen beruhenden Rechte und Pflichten. Um zu erforschen, ob ein Recht ein öffentliches oder ein privates ist, hat man also zu prüfen, ob der Erlaubnissatz, auf dem es beruht, ein Rechtssatz

des öffentlichen oder des privaten Rechts im objektiven Sinne ist. Dies läßt sich daran erkennen, daß in ihm das Subjekt oder Objekt des Handelns als Staat oder auf Grund seiner unmittelbaren oder mittelbaren Beziehung zum Staat gekennzeichnet ist. Ebenso hat man zur Erforschung der öffentlichen oder privaten Natur einer Rechtspflicht nach den angegebenen Merkmalen zu prüfen, ob der zu Grunde liegende Befehlssatz ein öffentlicher oder ein privater ist. Denn allein darauf beruht der Unterschied von öffentlichen und privaten Rechten und Pflichten. Oeffentliche Rechte und Pflichten sind also diejenigen Rechte und Pflichten des objektiven staatlichen Rechts, deren Subjekte oder Objekte als Staaten, Staatsglieder, Staatsorgane, Glieder oder Organe von Staatsorganen gekennzeichnet sind. Private Rechte und Pflichten sind diejenigen Rechte und Pflichten des objektiven staatlichen Rechts, deren Subjekte und Objekte ohne Beziehung zu Staaten, d. h. als Privatpersonen gekennzeichnet sind.

II. Die übereinstimmenden Merkmale der öffentlichen und privaten Rechte und Pflichten.

Im übrigen sind die öffentlichen Rechte und Pflichten den privaten völlig wesensgleich: Das öffentliche subjektive Recht ist wie das private ein Handeln-Dürfen auf Grund eines Erlaubnissatzes des objektiven staatlichen Rechts. Die öffentliche Rechtspflicht ist wie die private ein Handeln-Sollen auf Grund eines Befehlssatzes des objektiven staatlichen Rechts. Die Subjekte und Objekte des Handelns sind dieselben, gleichgültig, ob es sich um öffentliche oder private Rechte oder Pflichten handelt und nur ihre Kennzeichnung im Rechtssatze unterscheidet sich. Darum kann der Staat ebenso wie jeder Andere, jede physische und jede juristische Person, gleichzeitig öffentliche und private Rechte und Pflichten haben. Auch Sachen gibt es nicht, die von Natur nur als Objekte öffentlicher oder nur als Objekte privater Rechte und Pflichten fungieren können. Auch das öffentliche objektive Recht kann unbegrenzte Rechte an Objekten, Eigentumsrechte, statuieren: Das „Privateigentum“ unterscheidet sich vom „öffentlichen Eigentum“ nur dadurch, daß das erstere von einem privatrechtlichen, das letztere von einem öffent-

lichrechtlichem Erlaubnissatze des staatlichen Rechts statuiert wird. Ebenso können Privatrecht und öffentliches Recht im objektiven Sinne in gleicher Weise Rechte begründen, deren Objekte Personen im juristischen Sinne sind, insbesondere also Forderungsrechte, Ansprüche: Der „öffentliche Anspruch" ist das von einem öffentlich-rechtlichen Erlaubnissatze statuierte Recht, von einem Anderen ein Tun oder Unterlassen zu verlangen. Er kann sowohl dem Staat als solchem gegenüber einer Privatperson wie einer Privatperson gegenüber dem Staate als solchem zustehen. Vor allem aber muß unbedingt beachtet werden, daß sowohl die öffentlichen wie die privaten Rechte und Pflichten erstens nur von Erlaubnissen und Befehlen objektiven Rechts und zweitens nur von solchen Erlaubnissen und Befehlen objektiven Rechts ins Leben gerufen werden, welche vom Staate als solche anerkannt sind. Das muß man z. B. beachten, wenn man zu einer klaren Systematik bezüglich der Tätigkeiten der Staatsorgane gelangen will:

Wenn die Staatsorgane von sich aus Erlaubnisse und Befehle erteilen, z. B. in Verfügungen, so rufen sie zwar auch Rechte und Pflichten ins Leben; aber dies sind keine Rechte und Pflichten im juristischen, im rechtlichen Sinne, da sie nicht auf Rechtssätzen beruhen (vgl. oben Kap. 1 § 1). Nur wenn die Staatsorgane Rechtssätze aufstellen, begründen sie Rechte und Pflichten im juristischen Sinne. Und zwar können diese Rechte und Pflichten auch ihnen selbst zustehen, während sich die Staatsorgane durch ihre eigenen Erlaubnisse und Befehle, also durch ihre Verfügungen, weder selbst berechtigen, noch selbst verpflichten können.

Aber auch die durch die recht-setzende Tätigkeit der Staatsorgane begründeten Rechte und Pflichten sind noch nicht ohne weiteres als öffentliche oder private Rechte oder Pflichten zu charakterisieren, dies gilt vor allem von den auf Völkerrechtssatzungen und Verwaltungsverordnungen beruhenden Rechten und Pflichten: denn diese sind zwar Rechte und Pflichten im juristischen Sinne, aber nicht solche staatlichen Rechts.

III. Literatur und Gesetzgebung.

a. Die Lehre von der Einteilung aller Rechte und Pflichten in öffentliche und private Rechte und Pflichten und von den „rechtsbegründenden Verwaltungsakten".

Ist es schon irreführend, alles objektive Recht von vornherein in öffentliches und privates Recht einteilen zu wollen, so ist es noch verfehlter, alle Rechte und Pflichten unbesehen zu öffentlichen oder privaten Rechten und Pflichten stempeln zu wollen. Denn hierbei vermischt man Rechte und Pflichten staatlichen Rechts nicht nur mit anderen Rechten und Pflichten im juristischen Sinne, sondern auch mit solchen Rechten und Pflichten, die gar nicht einmal auf Rechtssätzen beruhen. So ergibt sich denn die Schwierigkeit, die man in der Literatur findet, Rechtspflichten von moralischen, Anstands-Pflichten und dergl. zu scheiden. Vor allem aber tritt dies zu Tage in der Lehre von den „rechtsbegründenden Verwaltungsakten" (vgl. z. B. G. Meyer-Dochow 33, 94, Regelsberger I 429, v. Bitter unter „Verwaltung und Verwaltungsbehörden", O. Mayer II 153, Jellinek 67). Gewiß, auch das Verwaltungsorgan, welches eine Erlaubnis erteilt, begründet für den Adressaten ein Recht, und die Behörde, welche einen Befehl erteilt, begründet eine Pflicht. Aber diese Rechte und Pflichten, die auf Verwaltungsakten beruhen, können weder mit O. Mayer (II 153) als „öffentliche" noch mit Jellinek (67) und vielen Anderen als „private" Rechte oder Pflichten bezeichnet werden und dürfen diesen keineswegs als wesensgleich an die Seite gestellt werden. Ja, wenn man mit Planck (VI. 16 und 155) in der „Verfügung einer zuständigen Behörde" eine Rechtsnorm, ein „Gesetz" im Sinne des Bürgerlichen Gesetzbuches und seines Einführungsgesetzes sehen könnte, dann würden auch der Verfügung Rechte und Pflichten im juristischen Sinne entspringen, aber eine Verfügung ist kein Rechtssatz, keine Rechtsnorm, kein Gesetz! Alles, was z. B. O. Mayer (II 147) anführt, Verleihung eines öffentlichen Unternehmens, Eisenbahnkonzession, Chausseekonzession, Brücken- und Fährenkonzession, Verleihung eines besonderen Nutzungsrechts an einer öffentlichen Sache begründen ebenso wie die „Gebrauchserlaubnisse", die Schankkonzession, die Baukonzession

u. s. w. u. s. w. subjektive Rechte, dies oder jenes Handeln-Dürfen. Aber alle diese Rechte ebenso wie die durch Anweisung und dergl. begründeten Pflichten sind Rechte oder Pflichten außerhalb des objektiven Rechts, wenn die Erlaubnis oder der Befehl in Form einer Verfügung erteilt ist, und Rechte oder Pflichten außerhalb des staatlichen Rechts, wenn Erlaubnis oder Befehl in einer Verwaltungsverordnung erteilt ist. Wenn aber Erlaubniserteilungen wie z. B. die Verleihung des Enteignungsrechts in einem formellen Gesetz oder einer Rechtsverordnung erfolgen, dann werden zwar öffentliche oder private Rechte ins Leben gerufen, aber dann ist auch die Erlaubniserteilung kein Akt der Verwaltung, sondern der Gesetzgebung und stellt einen regelrechten Erlaubnissatz des staatlichen Rechts dar.

Im übrigen ergibt sich der Unterschied meiner Auffassung der öffentlichen und privaten Rechte und Pflichten von den sonstigen Definitionen dieser Begriffe aus den früheren Erörterungen: Wenn z. B. Jellinek (51) unterscheidet: „Das subjektive öffentliche Recht des einzelnen hat immer nur ein Können zum Inhalt" — „Jedes subjektive Privatrecht enthält notwendig ein Dürfen und damit ebenso notwendig ein Können in sich", so ist diese Anschauung widerlegt durch die Ausführung, daß jedes subjektive Recht ein Dürfen und kein subjektives Recht ein Können zum Inhalt hat. Ebenso fällt O. Mayer's (I 109) Ansicht, daß „das Wesen des subjektiven öffentlichen Rechts nur in einer rechtlichen Macht über die öffentliche Gewalt selbst bestehen" könne, mit der Erkenntnis, daß ein subjektives Recht niemals eine rechtliche Macht darstellt. Ebenso ist die Thon'sche Ansicht, (§ 5) daß „die Art des Anspruchs zwischen öffentlichem und privatem Recht entscheidet" abgelehnt durch den Nachweis, daß auch die Ansprüche subjektive Rechte sind und daß die Lehre von den Ansprüchen auf Grund von Rechten haltlos ist. Und so ließe sich die Kritik der einzelnen Ansichten fortsetzen durch Hinweise auf die früheren Erörterungen. Hervorgehoben sei noch die gegen die früher verbreitete Anschauung, daß man den Unterschied im Vermögenswert zu suchen habe, gerichtete und wegen ihrer Richtigkeit bemerkenswerte Ansicht Wach's (I 95), welcher

sagt: „Der Einzelne ist Teil dem Ganzen gegenüber in seiner Eigenschaft als dessen Angehöriger oder Organ. Wenn er in dieser Eigenschaft berechtigt oder verpflichtet ist, ist sein Recht oder seine Pflicht publizistisch, mag sie einen Vermögenswert haben oder nicht."

b. Die Lehre von den dem Privatrechtsverkehr entzogenen Sachen.

Die in der Literatur verbreitete und besonders kraß von O. Mayer (II 60 ff.) vertretene Ansicht, daß irgendwelche Sachen etwa „vermöge ihrer äußerlichen Beschaffenheit" von Natur dem Privatrecht unzugänglich oder nur beschränkt zugänglich sind, ist abzulehnen. Im übrigen ist die Frage der „dem Privatrechtsverkehr entzogenen Sachen" eine Frage der Interpretation des positiven Rechts und nicht der Begriffsentwickelung. Hervorgehoben sei aber, daß ein Satz des positiven Rechts, welcher irgendwelche Sachen dem Privatrechtsverkehr entzieht, also konstatiert, daß jene Sachen nicht Objekte von privaten Rechten oder Pflichten oder wenigstens nicht von allen privaten Rechten oder Pflichten sein können, lediglich ein grammatischer Satz, kein Rechtssatz ist. Er selbst ist daher weder öffentlicher (wie z. B. Schoen II 447/8, Biermann 39, Enneccerus I 302 u. a. meinen) noch privater Natur (wie z. B. Windscheid-Kipp 638 annimmt). Die Frage, die im Anschluß an Artikel 55 EG. BGB. zu diskutieren ist, ist also nicht die, ob dieser grammatische Satz als „privatrechtliche Vorschrift" aufgehoben ist, sondern die, ob die Rechtssätze, die durch ihn ihrem Inhalt nach bestimmt werden, öffentliche oder private Rechtssätze sind. Dies sind aber die die fraglichen Rechte und Pflichten begründenden Rechtssätze, also Privatrechtssätze. Wenn anders also das Bürgerliche Gesetzbuch im wesentlichen auf dem hier vertretenen Standpunkt steht, was im Rahmen dieser Arbeit nicht bewiesen werden kann, so kann man sich zum Beweise der Extrakommerzialität irgendwelcher Sachen nicht mehr auf das Gemeine oder ein sonstiges Landesrecht berufen. Das Kirchenrecht aber ist völlig unfähig, für ein staatliches Recht irgendwelchen Sachen den Charakter der Extrakommerzialität zu verleihen. Soweit ich sehe, scheint dies nur von Fried-

berg (581/2) erkannt zu sein. Er betont nämlich, daß „die diesbezüglichen Sätze des katholischen und evangelischen Kirchenrechts für den laikalen Eigentümer nur in foro conscientiae verbindlich" seien. Alle anderen (Windscheid I 636, Dernburg Pand. I 166; Regelsberger I 411, Zitelmann 85, Enneccerus I 302 u. f. f.) scheinen anderer Ansicht zu sein. Ich glaube daher, daß man gut daran täte, die Lehre von der Extrakommerzialität der „öffentlichen" und „heiligen" Sachen für das heutige Recht aufzugeben und, wo es not tut, mit den heutigen Gesetzesbestimmungen, insbesondere der Bestimmung des ALR II 17,10 und des BGB. § 138, Ersatz zu schaffen. --

c. Die Lehre von der Unmöglichkeit eines öffentlichen Eigentums.

Die Mehrzahl der Schriftsteller sträuben sich gegen die Denkbarkeit eines öffentlichen Eigentums und sehen gerade in dem Eigentum den Typus eines Privatrechts. (vgl. z. B. Gierke II 25[5], Biermann 15[3], Schoen II 446). Mit Unrecht! Es ist nicht einzusehen, warum nicht öffentliche Rechtssätze ebenso wie private Jemandem das Recht sollen verleihen können, mit einem Objekt nach Belieben zu verfahren. Gibt ein Rechtssatz dem Staate oder einem seiner Organe als solchem, d. h. speziell ihm, das Eigentum an einer Sache, so ist das Eigentum ein öffentliches Recht, also „öffentliches Eigentum". Dagegen ist nicht jedes Eigentumsrecht, das dem Staate zusteht, öffentlich; sondern es kommt immer auf den verleihenden Rechtssatz an. Ebenso wie man nun das Privateigentum auf mehrere Privatrechtssätze häufig gleichzeitig stützen kann, so kann Jemand auch an derselben Sache gleichzeitig öffentliches und privates Eigentum haben.

Mit den beiden Hauptvertretern der „Theorie vom öffentlichen Eigentum" zu harmonieren, davon bin ich weit entfernt. Nach Eisele (26) ist als publizistisches Eigentum dasjenige anzusehen, „welchem die Zweckbestimmung zum Gemeingebrauch immanent ist". Ein solches Eigentum kann ich mir nicht vorstellen. O. Mayer hat mit seiner Ansicht Recht, daß man ebenso gut und ebenso schlecht im öffent-

lichen Recht von Forderungsrechten und Sachenrechten und dergl. reden kann wie im Privatrecht. Weshalb ich seine Ausführungen im Einzelnen, z. B. seine Behauptung, daß „das öffentliche Sachenrecht nicht Anderes bedeutet als eine staatliche Beherrschung der Sache für ihren Zweck mit Ausschluß des für diesen Zweck gleichgültigen Privatrechts," nicht teilen kann, ergibt sich aus den früheren Darlegungen.

Auch bezüglich des öffentlichen Eigentums muß ich es mir mit Rücksicht auf die lediglich begriffsentwickelnde Methode dieser Arbeit versagen, zu untersuchen, ob und inwiefern irgend ein gegenwärtiges deutsches, französisches oder sonstiges Recht ein öffentliches Eigentumsrecht normiert und muß mich damit begnügen, die begriffliche Denkbarkeit eines solchen zu konstatieren. Es sei nur noch die Frage aufgeworfen: Worin anders besteht denn das von den Sozialisten erstrebte Ziel, das „Privateigentum" an diesen oder jenen Sachen durch „Kollektiveigentum" zu ersetzen, als darin, das Eigentumsrecht an diesen Sachen für den Staat zu monopolisieren, also das Privateigentum durch öffentliches Eigentum zu ersetzen? In dem „gesellschaftlichen Eigentum" des Erfurter Programms der Sozialdemokratie von 1891, — in dies Eigentum soll „das kapitalistische Privateigentum an Produktionsmitteln — Grund und Boden, Gruben und Bergwerke, Rohstoffe, Werkzeuge, Maschinen, Verkehrsmittel — verwandelt werden" — sehe ich nichts anderes als öffentliches Eigentum. Das ist eben die Bedeutung der allgemeinen Rechtslehre, Rechtsphilosophie oder, wie man diesen Teil der Rechtswissenschaft, der sich die Entwickelung der juristischen Grundbegriffe zur Aufgabe stellt, sonst nennen mag, daß hier die Denkformen geliefert werden, die für jedes positive Recht der Vergangenheit, der Gegenwart und auch jedes erhoffte oder befürchtete Recht der Zukunft in gleicher Weise maßgebend sind. In diesem Teile ist die Rechtswissenschaft nicht, wie sie Windscheid einmal nennt, eine „Magd", sondern eine Herrin der Gesetzgebung. Ihre Ergebnisse sind hier bestimmend für die Arbeit jedes Gesetzgebers und jedes Interpreten.

In der vorliegenden Arbeit war nun beabsichtigt, zu zeigen, auf welche Weise man zu einer begrifflichen Unter-

scheidung von öffentlichen und privaten Rechten und Pflichten gelangen kann: Man muß also zunächst prüfen, ob ein Dürfen oder Sollen vorliegt, sodann ob das Dürfen oder Sollen auf einem Erlaubnis- oder Befehlssatz des objektiven Rechts beruht, schließlich ob das fragliche objektive Recht staatliches, d. h. von einem Staate anerkanntes Recht ist. Erst nach diesen drei Feststellungen ist eine weitere Einteilung der Rechte und Pflichten in öffentliche und private Rechte und Pflichten möglich und zwar danach, ob der zu Grunde liegende Rechtssatz das Subjekt oder Objekt des Handelns als Staat, Staatsglied, Staatsorgan, Glied oder Organ von Staatsorganen kennzeichnet oder nicht. Vor allem aber lag dem Verfasser daran, hinzuweisen auf die Flut von Irrtümern und begrifflichen Unklarheiten, die jener verhängnisvollen Quelle entströmt, nämlich der Verwechselung von Dürfen und Können, von Recht und Macht.